

التحكيم وأثره في حل الخصومات في ضوء الشريعة الإسلامية

محمود أبو ليل*
الجامعة الأردنية

Abstract

This topic deals with the concept and the legality of arbitration in Islamic theology. It shows the significant role played by the arbitration in resolving family, social and tribal disputes. At the same time, it tackles the difference between adjudication, reconciliation, legal representation and expertise. It further deals with the merit of both the defendant and the offendant. In addition, it examines in depth, upto what extent the arbitration obliging on both concerned parties; and under what circumstance the arbitration is invalid. The author, in this connection, assesses various opinions portrayed by the Islamic Legals Schools.

ملخص

تناول هذا البحث مشروعية التحكيم في الفقه الإسلامي وما يتعلق به من أحكام، وقد بين أهمية التحكيم ودوره في حل النزاعات الزوجية والاجتماعية والقبلية، وأوضح طبيعة العملية التحكيمية والفوارق بينها وبين كل من القضاء والصلح والوكالة والخبرة ونحوها، وحدد مجالات التحكيم المشروعة، والشروط الواجب توفرها في كل من المحتكم والمحكم وقرار الحكم، والآثار المترتبة على حكم الحكم ومدى إلزاميته لأطراف الخصومة، وذكر الحالات التي يبطل فيها حكم الحكم واستعرض آراء الفقهاء في جواز الرجوع عن التحكيم، وبين السوابق الفقهية لكثير مما تبنته القوانين الحديثة في مجال التحكيم.

المقدمة

من الأمور البديهية أن الإنسان مدني بطبعه، اجتماعي في حياته، ولا بد له من التعامل مع الآخرين، وتبادل المصالح معهم، والارتباط بهم بعلاقات مختلفة من أجل تأمين ضروراته واشباع حاجاته، ونظراً لاشتباك الرغبات، وتنازع الأهواء، وسلوك بعض الناس مسلك الظلم والشطط والتعسف في استعمال الحق، ونحو ذلك مما هو من عوارض البشرية، ومظاهر الضعف الإنساني، فلا بد أن ينشأ بين الناس، من جراء ذلك، بعض

* مدرس في قسم الفقه والتشريع بكلية الشريعة دكتوراة (السياسة الشرعية) من جامعة الأزهر، جمهورية مصر العربية، عام

الخلاافات والخصومات التي تحتاج الى حل عادل يحسم النزاع ويمنع الظلم، ويضع الحق في نصابه.

والقضاء الحكومي هو الجهة المسؤولة عن الفصل في هذه الخصومات، ولكن قد تكون الخصومة أحياناً في بلد بعيد عن مركز القضاء، أو في بلد لا يلتزم فيه القضاء بأحكام الشريعة، أو يرى الخصمان أن التحاكم الى القضاء يتطلب وقتاً طويلاً أو مالا كثيراً، أو عناء وجهداً كبيراً، أو قد يؤدي الى افشاء الأسرار وتعقيد الأمور، أو تترتب عليه مضاعفات أخرى، من أجل ذلك قد يرى الخصمان أن من الخير لهما توسيط رجل أو أكثر من أهل العلم والثقة ليحكم بينهما، وينهي نزاعهما، دون الترافع الى القضاء، وهذا ما يعرف بالتحكيم، وهو كما يكون بين الأفراد يكون بين المؤسسات والحكومات أيضاً.

وسأحاول في هذا البحث القاء الضوء على الجوانب البارزة في مؤسسة التحكيم في الاسلام، وذلك في فصول أربعة وخاتمة:

- الفصل الأول : تعريف التحكيم وتاريخه ومشروعيته واقراره في القوانين الحديثة.
- الفصل الثاني : طبيعة التحكيم والمقارنة بينه وبين القضاء والوكالة وغيرهما من الأمور المشابهة.
- الفصل الثالث : شروط التحكيم.
- الفصل الرابع : آثار التحكيم وانقضاؤه.

الخاتمة: تضمنت أهم النتائج المستخلصة من البحث. وأرجو أن أكون بذلك قد وفقت في إبراز معالم هذا الموضوع وتحديد إطاره.

الفصل الأول

تعريف التحكيم وتاريخه ومشروعيته واقراره في القوانين الحديثة. ويتضمن هذا الفصل أربعة مباحث:

- المبحث الأول: تعريف التحكيم.
- المبحث الثاني: نبذة تاريخية عن التحكيم.
- المبحث الثالث: مشروعية التحكيم في الفقه الاسلامي.
- المبحث الرابع: التحكيم في القوانين الحديثة.

المبحث الأول: تعريف التحكيم:

التحكيم لغة:

الحكم في اللغة القضاء في الشيء بأنه كذا أو ليس كذا، سواء ألزم غيره أم لا، وخصص بعضهم، فقال: القضاء بالعدل، نقله الأزهري، ويسمى أيضاً أحكومة وحكومة، قال الأصمعي: وأصل الحكومة رد الرجل عن الظلم وإنما سمي بين الناس حاكماً لأنه يمنع الظلم من الظالم.

وحكموه بينهم أمره أن يحكم، ويقال: حكمنا فلاناً بيننا أي أجزنا حكمه بيننا، ويقال: حكمته في مالي إذا جعلت إليه الحكم فيه فاحتكم علي في ذلك، والمحكمة المخاصمة إلى الحاكم، واحتكموا إلى الحاكم وتحاكموا بمعنى، وقولهم: «في بيته يؤتى الحكم» والحكم بالتحريك الحاكم، وأنشد ابن بري:

أقادت بنو مروان قيساً دماءنا وفي الله أن لم يحكموا حكم عدل
وفي الحديث: «إن الجنة للمحكمين» وهم قوم من أصحاب الأخدود حكموا وخيروا بين
القتل والكفر، فاختاروا الثبات على الدين مع القتل.

واحتكم الشيء والأمر توثق وصار محكماً، ومحكم في الأمر: احتكم واستبد والحكمة أيضاً: العلم والفقه، والحكم اسم من أسماء الله تعالى (١) قال سبحانه «أفغير الله أتبغي حكماً وهو الذي أنزل اليكم الكتاب مفصلاً» (٢).

التحكيم اصطلاحاً:

عرف الحنفية التحكيم بأنه «تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما» (٣). وتعريفات بقية الفقهاء لا تخرج عن هذا المعنى.

١. انظر: محمد مرتضى الزبيدي (ت ١٢٠٥ هـ / ١٧٩٠ م) تاج العروس شرح القاموس، ١٠ أجزاء، دار ليبيا للنشر والتوزيع، مطابع دار صادر - بيروت، ١٣٨٦، ج ٨ ص ٢٤٥، وجمال الدين محمد بن مكرم المعروف بابن منظور (ت ٧١١ هـ / ١٣١١ م) لسان العرب، ١٥ جزءاً، دار صادر بيروت، ج ١٢، ص ١٤٢، وما بعدها. ومحمد بن أبي بكر الرازي (ت ٦٦٦ هـ / ١٢٦٧ م) مختار الصحاح، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، ص ١٤٨.

٢. سورة الأحزاب، آية ٥١

٣. إبراهيم زين العابدين بن نجيم (ت ٩٧٠ هـ / ١٥٦٢ م)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج ٧، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية، تصدير عن دار الكتب العربية الكبرى بمصر سنة ١٣٣٢ هـ، ج ٧، ص ٢٤، وسيشار إلى هذا المصدر عند وروده فيما بعد هكذا: ابن نجيم، البحر. وأحمد بن محمد الطحطاوي (ت ١٢٣١ هـ / ١٨١٥ م)، حاشية الطحطاوي على الدر المختار، ج ٤، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، سنة ١٢٩٥ هـ / ١٩٧٥ م، ج ٣، ص ٢٠٧، وسيشار إلى هذا المصدر عند وروده فيما بعد هكذا: الطحطاوي، حاشية. ومحمد أمين الشهير بابن عابدين (ت ١٢٥٢ هـ / ١٨٣٦ م) رد المحتار على الدر المختار، والكتاب مشهور بحاشية ابن عابدين، ٥ أجزاء، دار إحياء

والمقصود بالخصمين الفريقان المتخاصمان مهما تعددوا، ولهذا أعيد عليهما ضمير الجماعة في قوله تعالى: «هذان خصمان اختصموا في ربهم» (٤)، فالخصم يطلق على الواحد والجماعة والذكر والأنثى.

والمقصود بالحاكم ما يعم الواحد والمتعدد، ان يجوز تحكيم شخص أو أكثر كما في التحكيم في الشقاق بين الزوجين، فانه يتم بحكمين، قال تعالى: «وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها» (٥).

و يلاحظ على هذا التعريف انه يوهم حصر التحكيم في الخصومة، مع أنه يجري في الشرع في غير الخصومة أيضاً، كالتحكيم في جزاء الصيد اذا قتله المحرم، وكالتحكيم في عقد النكاح، فلو خطب رجل امرأة لا ولي لها جاز لهما عند كثير من الفقهاء تحكيم رجل عدل يتولى إجراء العقد بينهما، وبخاصة اذا كانا في دار حرب أو في منطقة نائية عن القاضي (٦).

كما يلاحظ عليه أن يوهم كذلك أن الحكم لا يعين إلا من قبل الخصمين، مع أنه يعين في بعض الحالات، من قبل القاضي، كما في الحكم بين الزوجين.

ولذلك أرى أن يعرف التحكيم شرعاً بأنه (تولية شخص أو أكثر للفصل في نزاع أو مشكلة خارج نطاق المحكمة) فهذا التعريف ينطبق على سائر أوجه التحكيم المشروعة.

والتحكيم عقد من العقود الرضائية التي قوامها الإرادة الصحيحة، والتي لا تتم الا بايجاب وقبول، ويكون بالالفاظ التي تدل على التحكيم كأن يقول الخصمان للحكم: احكم بيننا، ونحو ذلك مع قبول المحكم، فلو لم يقبل لم يجز حكمه الا بتحكيم جديد، (٧) ويكون قبول المحكم بالمهمة بالموافقة الصريحة أو بدلالة الحال كأن يباشر اجراءات التحكيم.

التراث العربي، بيروت، مصورة عن طبعة دار الطباعة المصرية سنة ١٢٧٢هـ/ ١٨٥٥م، ج ٤، ص ٣٤٧، وسيشار لهذا المصدر عند وروده فيما بعد هكذا: ابن عابدين، حاشية، وعلي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٤ ج، مكتبة النهضة بيروت - بغداد، ج ٤، ص ٥٢٣، وسيشار إلى هذا المصدر عند وروده فيما بعد هكذا: حيدر، درر. وعبد الله بن محمود الموصلي (ت ٦٨٢هـ/ ١٢٨٤م) الاختيار لتعليل المختار، ٥ أجزاء في مجلدين، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٩٧٥م، ج ٢، ص ٩٢، وسيشار إلى هذا المصدر عند وروده فيما بعد هكذا: الموصلي، الاختيار.

٤. سورة الحج، آية ١٩

٥. سورة النساء، آية ٣٥

٦. انظر: أبو بكر بن محمد شطا الدمياطي، الشهير بالسيد البكري (ت ٩) إعانة الطالبين على حل الفاظ فتح المعين للميلباري، ٤ أجزاء، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، ج ٤، ص ٢٢١، وسيشار إلى هذا المصدر عند وروده فيما بعد هكذا: البكري، إعانة، ومحمد الشرابي الخطيب (ت ٩٧٧هـ/ ١٥٦٩م) مغنى المحتاج إلى شرح المنهاج، ٤ أجزاء، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج ٤، ص ٣٧٨، وسيشار إلى هذا المصدر عند وروده فيما بعد هكذا: الخطيب، مغنى المحتاج.

٧. ابن نجيم، البحر، ج ٧، ص ٢٤، وابن عابدين، حاشية، ج ٤ ص ٣٤٨، وحيدر، درر، ج ٤، ص ٥٢٤.

ولا بد من وضوح قصد ارادة المتعاقدين لخصوص التحكيم دون المصالحة أو الاستشارة أو الاستفتاء أو غيرها، حتى لا يفقد العقد الزاميته المشتقة من خصوص التحكيم لا من غيره (٨).

ويتعين أن تتوافر في التحكيم أهلية المتعاقدين، وانتفاء شوائب الرضا من غلط أو تدليس أو إكراه أو نحو ذلك، كما يجب التحقق من تطابق إرادة الخصوم في شأن المنازعات الخاضعة للتحكيم، فإذا اتفق على التحكيم في شأن عقد معين فلا يصح أن يناط بهذا التحكيم حل نزاعات ناشئة عن عقد آخر، وأن كان الاتفاق في التحكيم في شأن حيازة أرض فلا ينبغي أن يمتد الى ما يتعلق بملكية هذه الأرض، وذلك لأن التحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات فينبغي أن يكون مقصوراً على ما تنصب عليه ارادة المحكّمين (٩).

المبحث الثاني: نبذة تاريخية عن التحكيم:

يعتبر التحكيم مرحلة من مراحل تطور القانون والقضاء، ففي العصور الانسانية الاولى وقبل قيام السلطة في المجتمعات وتنظيمها للقواعد القانونية والاجراءات القضائية، كانت القوة تشكل القاعدة القانونية الاولى لاقرار الحقوق وقيامتها، وكان الانسان يعتمد على قوته الخاصة أو قوة عشيرته في تحصيل حقوقه، وكان الأخذ بالثأر هو الأساس في معالجة قضايا الجرائم، ثم خطا الانسان خطوة أخرى في هذا المضمار حيث قبل بالتعويض أحياناً بدل الثأر، ثم تطور الأمر الى ممارسة بعض أشكال التحكيم، فقيام نوع من المحاكم بإشراف الرؤساء والكهنة للفصل في النزاعات، وكانت هذه المحاكم في مراحلها الاولى أقرب الى مجالس التحكيم أو مجالس الاصلاح التي تعتمد التسوية الرضائية بين الخصوم على أساس من التفاهم والاقتراع. ثم قامت الحكومات وأصدرت القواعد القانونية التي تنظم العلاقات الاجتماعية، وتولت سلطة الفصل في الخصومات، وبقي التحكيم الى جانب ذلك معترفاً به كأسلوب لحل النزاعات، احتراماً لحرية الارادة عند الخصمين، وتوخياً لتسوية النزاع بشكل أكثر ودية وأقل كلفة وجهداً (١٠).

٨. انظر: حسين المؤمن، الوجيز في التحكيم، مطبعة الفجر، بيروت، ١٩٧٧ م، ص ١٠، وسيشار إلى هذا المرجع عند وروده فيما بعد هكذا: المؤمن، الوجيز.

٩. انظر: أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، منشأة المعارف بالاسكندرية، ١٩٧٤ م، ص ٣٠، ٣١، وسيشار إلى هذا المرجع عند وروده فيما بعد هكذا: أبو الوفا، التحكيم.

١٠. ول ديورانت، قصة الحضارة، ترجمة زكي نجيب محمود، مطبعة لجنة التأليف والترجمة، القاهرة، ١٩٦٥، الجزء الأول من المجلد الأول، ص ٥٠ وما بعدها، وسيشار إليه عند وروده: ديورانت، قصة. وانظر: أحمد سعيد المومني، التحكيم في التشريع الأردني والمقارن، مطبعة التوفيق، عمان، سنة ١٩٨٢، الجزء الأول، ص ١٨، ١٩، وسيشار إلى هذا المرجع عند وروده فيما بعد: المومني، التحكيم.

التحكيم عند بعض الأمم القديمة :

في مصر القديمة كانت هناك محاكم عامة اقليمية ينتخب قضااتها بمعرفة الشعب من ذوي الخبرة والثقافة، وكان هناك قضاء خاص، وهو لجوء الأفراد إلى التحكيم، وكان حكم المحكمين نهائياً قابلاً للتنفيذ دونما حاجة لعرضه على القضاء.

وفي فارس كانوا يعرضون على الخصوم أن يختاروا حكماً لهم لحل نزاعهم بالطرق الودية (١١).

وفي روما القديمة كان للتحكيم أهمية خاصة، فقد تضمن قانون الألواح الاثنى عشر الروماني مبدأ تحكيم العائلة والقبيلة، ومعاقبة المحكم الذي يحابي أحد الخصوم بالاعدام، وأقرت القوانين الرومانية ما يزيد على خمسة انواع من المحكمين وأجازت فيما بعد للخصوم حرية اختيار المحكمين، وجعلت لحكمهم قوة الزامية كالقضاء.

وفي اليونان عرف في أثينا قضاء المحاكم الشعبية، وهو النظام الذي أخذت عنه أوروبا نظام المحلفين، وكانت هذه المحاكم تتألف من ستة آلاف محكم يتم اختيارهم بالقرعة من سجل المواطنين (١٢).

التحكيم في الجاهلية :

عرف العرب في الجاهلية نظام التحكيم كوسيلة للفصل في الخصومات التي كانت أكثر ما تقع بين العرب في المفاخرة والمنافرة أو التنافس على مواطن الكلا ومنابع الماء، ولم يكن للتحكيم عندهم قوة الزامية سوى الالتزام الأدبي، وتحدثت كتب التاريخ أن بني سهم كانوا أصحاب الحكومة في قريش، بمعنى أنهم اشتهروا بالفصل في المنازعات التي كان أصحابها يعرضونها عليهم عن طواعية واختيار (١٣)، كما اشتهر بعض العرب في الجاهلية في الحكم في الخصومات مثل: أكثم بن صيفي، وحاجب بن أبي زرارة، والأقرع بن حابس، وربيع بن معاذ، وصخرة ابن أبي صخرة، وكانوا حكماً لتميم، وعامر بن الظرب، وغيلان بن سلمة، وكانا حكمين لقيس، وعبد المطلب، وأبو طالب والعاصي بن وائل، والعلاء بن حارثة وكانوا حكماً لقريش، وربيع بن حذار لقبيلة أسد، ويعمر بن شداد

١١. فؤاد عبد المنعم، حكم الاسلام في القضاء الشعبي، دار الكتاب الليبي للطباعة والنشر والتوزيع، ١٣٩٣ هـ/ ١٩٧٣ م، ص ١٨ وسيشار إلى هذا المرجع عند وروده فيما بعد هكذا: عبد المنعم، حكم.
١٢. ديورانت، قصة، ج ١، م ٢، ص ٦٧، وما بعدها، ج ٢، ص ٣٠ وما بعدها، والمومني، التحكيم، ص ٩ وما بعدها.
١٣. أحمد عبد المنعم البهي، تاريخ القضاء في الاسلام، مطبعة لجنة البيان العربي، القاهرة، ١٩٦٥ م، ص ٣٨، وسيشار إلى هذا المرجع عند وروده فيما بعد هكذا: البهي، تاريخ، ومحمد سلام مذكور، القضاء في الاسلام، مطبعة النهضة العربية، بيروت، ص ١٣١ - ١٣٢ وسيشار إلى هذا المرجع عند وروده فيما بعد: مذكور، القضاء.

وصفوان بن أمية وسلمى بن نوفل، وكانوا حكاماً لكنانة (١٤)، وكان النابغة الذبياني حكاماً بين الشعراء في سوق عكاظ.

وكثيراً ما كان أصحاب الخصومات يلجأون إلى العارفين والكهان ليفصلوا بينهم كما احتكم الفاكه بن المغيرة وزوجه هند بنت عتبة إلى بعض كهنة اليمن حين اتهمها الفاكه في شرفها، ففضى الكاهن ببراءتها، فرفضت أن تعود لزوجها وتزوجت أبا سفيان بعده (١٥).

ولما تنازع زعماء قريش فيمن يضع الحجر الأسود في مكانه حكموا بينهم رسول الله صلى الله عليه وسلم - وكان ذلك قبل الوحي - فحكم أن يحمل الحجر في ثوب ويشترك جميع زعماء مكة في حمله، ثم يتناوله بيده الشريفة ويضعه في مكانه، فرضيت قريش بذلك ونفذت حكمه.

وهكذا كان التحكيم في الجاهلية وعند الأمم القديمة من القضاء الاختياري، ويمثل مرحلة من مراحل التطور الاجتماعي والقانوني، دعت الحاجة إليه، ليكون وسيلة لاقامة العدل وحفظ الحقوق، وليكون بديلاً عن تحكيم القوة، حيث كان كل إنسان يقتص لنفسه من عدوه بقدر ما أوتي من قوة ونفوذ (١٦).

المبحث الثالث: مشروعية التحكيم في الفقه الإسلامي:

ذهب الإمام أبو حنيفة ومالك وأحمد والشافعي في الأظهر عنه إلى جواز التحكيم مطلقاً، وفي قول مرجوح للشافعية: لا يجوز لما فيه من الافتيات على الإمام ونوابه، وفي قول آخر: يجوز إذا عدم قاض بالبلد (١٧). وقد ثبتت مشروعية التحكيم بالكتاب والسنة والاجماع والمعقول.

١٤. محمد بن يعقوب الفيروزآبادي (ت ٨١٧هـ/ ١٤١٤م) القاموس المحيط، ٤ أجزاء، مطبعة مصطفى الحلبي بمصر، ١٩٥٢م، ج ٤، ص ٩٩ - ١٠٠.
١٥. انظر: البهي، تاريخ، ص ٣٩.
١٦. انظر: عبد الرحمن القاسم، النظام القضائي الإسلامي، مطبعة السعادة بمصر، ١٣٩٣هـ، ص ٤٥٣، وسيشار إلى هذا المرجع عند وروده فيما بعد: القاسم، النظام.
١٧. انظر: محمد بن محمد الغزالي (ت ٥٠٥هـ/ ١١١١م)، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، ٢ ج، دار المعركة، بيروت، ط ١٣٩٩هـ/ ١٩٧٩م، ج ٢، ص ٢٣٨، وسيشار إلى هذا المصدر عند وروده فيما بعد هكذا: الغزالي، الوجيز. ومحمد بن أحمد الرملي (ت ١٠٠٤هـ/ ١٥٩٥م)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ٨ ج، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، ١٩٦٧م، ج ٨، ص ٢٤٢. والبكري، إعانة، ج ٤، ص ٢٢٠. والخطيب، مغني المحتاج، ج ٤، ص ٣٧٨ - ٣٧٩، ويحيى بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ/ ١٢٧٧م)، روضة الطالبين، ١٢ ج، المكتب الإسلامي ببيروت، ١٣٩٥هـ، ١٩٧٥م، ج ١١، ص ١٢١، وسيشار إلى هذا المصدر عند وروده فيما بعد هكذا: النووي، الروضة. وأبو عبد الله محمد الخرش (ت ١١٠١هـ/ ١٦٨٩م)، فتح الجليل على مختصر العلامة خليل، ٨ أجزاء، وبهامشه حاشية العدوي، دار صادر، بيروت، مصورة عن طبعة بولاق سنة ١٣١٨هـ، ج ٧، ص ٤٥، وسيشار إلى هذا المصدر عند وروده فيما بعد هكذا: الخرش: فتح. وأبراهيم بن فرحون المالكي (= ت ٧٩٩هـ/ ١٣٩٦م)، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مطبوع بهامش فتح العلي المالك

أولاً: الكتاب:

قال تعالى: «وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها أن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما» (١٨)، فالآية ترشد الى التحكيم بين الزوجين كوسيلة لحل خلافاتهما اذا عجزا عن تسويتها بأنفسهما.

وجواز التحكيم بين الزوجين يدل على جوازه في الخصومات الأخرى.

ثانياً: السنة:

١ - روى البيهقي في سننه قال: أخبرنا أبو علي الروذباري أنبأنا محمد بن بكر حدثنا أبو داود قال: حدثنا الربيع بن نافع عن يزيد بن المقدم بن شريح عن أبيه عن جده شريح عن أبيه هانيء أنه لما وفد الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى المدينة فسمعهم يكتونه بأبي الحكم، فدعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: ان الله هو الحكم واليه الحكم، فلم تكن أبا الحكم؟ فقال: ان قومي اذا اختلفوا في شيء اتوني فحكمت بينهم فرضي كلا الفريقين، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أحسن هذا! فمالك من الولد قال: لي شريح ومسلم وعبد الله، قال فمن أكبرهم؟ قال: قلت شريح، قال: فأنت أبو شريح (١٩). فالرسول صلى الله عليه وسلم أقر التحكيم هنا وحسنه.

٢ - عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: «نزل أهل قريظة على حكم سعد بن معاذ، فارسل رسول الله صلى الله عليه وسلم الى سعد فأتاه على حمار، فلما دنا قريباً من المسجد، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم، قوموا الى سيدكم أو خيركم، ثم قال: ان هؤلاء نزلوا على حكمك، قال: تقتل مقاتلهم وتسبى ذريتهم، قال: فقال

== لـحمد عـليش، جزـءان، مطـبعة مصـطفى الحـلبي وأولـاده بمـصر، عـام ١٣٧٨هـ/ ١٩٥٨م، ج ١، ص ٥٥، وسيشار إلى هذا المصدر عند وروده فيما بعد هكذا: ابن فرحون، تبصرة. وموفق الدين عبد الله بن احمد الشهير بابن قدامة المقدسي (ت ٦٢٠هـ/ ١٢٢٣م)، المغني على مختصر الخرقي، مطبوع مع الشرح الكبير، ١٢ جزءاً، دار الكتاب العربي، بيروت، ط ٢، ١٣٩٢هـ/ ١٩٧٢م، ج ١١، ص ٤٨٣، وسيشار إلى هذا المصدر عند وروده فيما بعد هكذا: ابن قدامة، المغني. وأبو الحسن علي بن سليمان المقدسي المرداوي (ت ٨٨٥هـ/ ١٤٨٠م)، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ١٢ ج، تحقيق محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة سنة ١٣٧٧هـ/ ١٩٥٨م، ج ١١، ص ١٩٧، وسيشار إلى هذا المصدر عند وروده فيما بعد هكذا: المرداوي، الانصاف. وعلاء الدين علي بن خليل الطرابلسي (ت ٨٤٤هـ/ ١٤٤٠م) معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، طبعة بولاق سنة ١٢٠٠هـ/ ١٨٨٢م، ص ٢٣ وسيشار إلى هذا المصدر عند وروده فيما بعد هكذا: الطرابلسي، معين.

١٨. سورة النساء، آية ٣٥.

١٩. أحمد بن الحسين البيهقي (ت ٤٥٨هـ/ ١٠٦٥م)، السنن الكبرى، ١٠ أجزاء، دار الفكر، بيروت، ج ١٠، ص ١٤٥، وسيشار إلى هذا المصدر عند وروده فيما بعد هكذا: البيهقي السنن.

النبي صلى الله عليه وسلم: قضيت بحكم الله» رواه الشيخان واللفظ لمسلم (٢٠)

قال النووي: «فيه جواز التحكيم في أمور المسلمين وفي مهماتهم العظام» (٢١)

٣ - جاء في كتاب أقضية رسول الله صلى الله عليه وسلم لابن الطلاع ان ابن شاهين روى باسناده عن ابن عباس رضي الله عنهما قال «أصابني بنو العنبر دماً في قومهم، فارتحلوا فنزلوا بأخوالهم من خزاعة، فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم مصدقاً إلى خزاعة، فصدقهم ثم صدق بني العنبر، فلما رأت بنو العنبر الصدقة قد أحرزها وثبوا فانتزعوها، فقدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله أن بني العنبر منعوا الصدقة، فبعث اليهم عيينة بن حصن الفزاري في سبعين ومائة، فوجد القوم خلواً، فاستاق تسعة رجال واحد عشر امرأة وصبياناً، فبلغ ذلك بني العنبر، فركب إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم منهم سبعون رجلاً منهم الأقرع بن حابس ومنهم الأعور بن بشامة العنبري، وهو أحدثهم سناً، فلما قدموا المدينة هش اليهم النساء والصبيان، فوثبوا على حجر النبي صلى الله عليه وسلم وهو في قائلته فصاحوا به: يا محمد علام تسبي نساءنا ولم تنزع يداً من طاعتك؟ فخرج اليهم فقال: اجعلوا بيني وبينكم حكماً، فقالوا: يا رسول الله، الأعور بن بشامة، فقال بل سيدكم ابن عمرو، قالوا: يا رسول الله الأعور بن بشامة، فحكمه رسول الله صلى الله عليه وسلم فحكم أن يفدى شطراً وان يعتق شطراً» (٢٢).

٤ - روى مسلم في صحيحه عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «أشترى رجل من رجل عقاراً له، فوجد الرجل الذي اشترى العقار في عقاره جرة فيها ذهب، فقال له الذي اشترى العقار: خذ ذهبك مني انما اشتريت منك الأرض، ولم ابتع منك الذهب، فقال الذي اشترى الأرض انما بعثت الأرض وما فيها، قال: فتحاكما إلى رجل فقال الذي تحاكما إليه الكما ولد؟ فقال أحدهما: لي غلام، وقال الآخر: لي جارية، قال فأنكحوا الغلام الجارية، وانفقوا على أنفسكما منه وتصدقا» (٢٣).

٢٠. أحمد بن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢هـ/١٤٤٨م)، فتح الباري بشرح البخاري، ١٧ جزءاً، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، القاهرة، ١٣٧٨هـ/١٩٥٩م، ج ٨، ص ٤١٥-٤١٦. وسيشار إلى هذا المصدر عند وروده فيما بعد هكذا: ابن حجر، فتح. ومسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (ت ٢٦١هـ/٨٧٤م) الجامع الصحيح، مطبوع مع شرح النووي، ١٢ جزءاً، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٣٩٢هـ/١٩٧٢م، ج ١٢، ص ٩٢-٩٣، وسيشار إلى هذا المصدر عند وروده فيما بعد هكذا: مسلم، الجامع.

٢١. يحيى بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ/١٢٧٧م)، شرح النووي على مسلم، ١٢ جزءاً، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٣٩٢هـ/١٩٧٢م، ج ١٢، ص ٩٢، وسيشار إلى هذا المصدر عند وروده فيما بعد هكذا: النووي، شرح.

٢٢. ابن الطلاع المالكي (ت ٤٩٧هـ/١١٠٣م)، أقضية رسول الله صلى الله عليه وسلم، تحقيق محمد الأعظمي، دار الكتاب اللبناني، بيروت، ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م، ص ٦٧٦.

٢٣. مسلم، الجامع، ج ١٢، ص ١٩-٢٠.

فهذا نوع من التحكيم، وقد أخبر به النبي صلى الله عليه وسلم ولم ينكره.

- ٥ - روى أبو بكر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «من حكم بين اثنين تحاكما اليه فلم يعدل بينهما بالحق فعليه لعنة الله» (٢٤). وهذا ينطوي على اباحة التحكيم.

الأثار الواردة عن الصحابة:

- ١ - روى البيهقي في سننه عن اسماعيل بن عامر قال: «كان بين عمرو وأبي خصومة في حائط، فقال عمر: بيني وبينك زيد بن ثابت، فانطلقا، فطرق عمر الباب، فعرف زيد صوته ففتح الباب، فقال: يا أمير المؤمنين، ألا بعثت حتى أتيتك، فقال: في بيته يؤتى الحكم، فدخل بيته فالتقى اليمين على عمر، فقال زيد لأبي: لو أعفيت أمير المؤمنين، فقال عمر: يمين لزممتني فقال أبي: نعتي أمير المؤمنين ونصده» (٢٥).

وساوم عمر رجلا بفرس، فركبه ليشوره أي ليجر به ويطوعه، فعطبت الفرس فقال عمر لصاحبه: خذ فرسك، فرفض هذا فقال عمر: اجعل بيني وبينك حكماً، فقال صاحب الفرس: بيني وبينك شريح العراقي، فتحاكما إليه، فقضى شريح بتضمين عمر ثمن الفرس قائلاً: يا أمير المؤمنين: خذ بما ابتعت أو رد كما أخذته سليماً صحيحاً، فأعجب عمر بحكمه وقال: وهل القضاء الا هذا؟ ثم بعثه قاضياً إلى الكوفة (٢٦).

وحاكم عمر أيضاً أعرابياً الى زيد بن ثابت، وتحاكم عثمان وطلحة الى جبير بن مطعم، ولم يكن أحد منهم قاضياً (٢٧). فان قيل فعمر وعثمان كانا إمامين، فاذا ردا الحكم

٢٤. ابن قدامة، المغني، ج ١١، ص ٤٨٤، ومنصور بن يونس البهوتي (ت ١٠٥١ هـ/ ١٦٤١ م) كشف القناع على متن الاقناع، ١٢ جزءاً، مطبعة الحكومة السعودية بمكة، سنة ١٣٩٤ هـ، ج ٦ ص ٣٠٣، وسيشار إلى هذا المصدر عند وروده فيما بعد هكذا. البهوتي، كشف.

٢٥. البيهقي، السنن، ج ١٠، ص ١٤٥، وقال في البحر الرائق: «وليعلم أنه لا يظن بأحد منهما في هذه الخصومة التلبس وانما هي لاشتباه الحادثة عليهما»، ابن نجيم، البحر، ج ٧، ص ٢٥.

٢٦. علي بن أحمد بن سعيد بن حزم (ت ٤٥٦ هـ/ ١٠٦٤ م)، المحلى، ١١ جزءاً، دار الفكر، القاهرة، ج ٨، ص ٢٧٣، وسيشار إلى هذا المصدر عند وروده فيما بعد هكذا: ابن حزم، المحلى. صبحي المحمصاني، المجتهدون في القضاء، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٨٠ م، ص ١٩ وسيشار إلى هذا المرجع عند وروده فيما بعد هكذا: المحمصاني، المجتهدون.

٢٧. ابن قدامة، المغني، ج ١١، ص ٤٨٤، البهوتي، كشف، ج ٦، ص ٣٠٣، وأبو اسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي (ت ٤٧٦ هـ/ ١٠٨٢ م)، المذهب في فقه الامام الشافعي، جزءان، دار المعرفة، بيروت، ١٣٩٩ هـ/ ١٩٧٩ م، ج ٢، ص ٢٤١ وسيشار إلى هذا المصدر عند وروده فيما بعد هكذا: الشيرازي، المذهب. وحسام الدين عمر بن عبد العزيز البخاري، المعروف بالصدر الشهيد (ت ٥٣٦ هـ/ ١١٤١ م)، شرح أدب القاضي للخصاف، ٤ أجزاء، تحقيق: محيي هلال السرحان، نشر وزارة الأوقاف العراقية، الدار العربية للطباعة،

الى رجل صار قاضياً، فالجواب أنه لم ينقل عنهما الا الرضى بتحكيمة خاصة، وبهذا لا يصير قاضياً (٢٨).

٢ - في وقعة صفين في صفر عام ٣٧ هـ رفع أهل الشام المصاحف، فكره الناس الحرب وتداعوا الى الصلح، وحكموا الحكمين، فحكم علي أبا موسى الأشعري وحكم معاوية عمرو بن العاص، فكتبوا بينهم كتاباً (٢٩).

٣ - روى الشافعي عن أبي مليكة قال: « تزوج عقيل بن أبي طالب فاطمة بنت عتبة ابن ربيعة، فقالت: اصبر لي وانفق عليك، فكان إذا دخل عليها قالت أين عتبة ابن ربيعة؟ أين شيبه بن ربيعة؟ فيسكت، حتى دخل عليها يوماً فقالت: أين عتبة بن ربيعة؟ أين شيبه بن ربيعة؟ فقال: على يسارك في النار اذا دخلت، فنشدت عليها ثيابها، فجاءت عثمان، فذكرت له ذلك كله فأرسل ابن عباس ومعاوية، فقال ابن عباس: لأفرق بينهما، وقال معاوية ما كنت لأفرق بين شيخين من بني عبد مناف، قال: فأتياهما فوجداهما قد شدا عليهما أثوابهما وأصلحا أمرهما» (٣٠).

٤ - روى الشافعي عن عبيدة السلماني قال: « جاء رجل وامرأة الى علي رضي الله عنه ومع كل واحد منهما فئة من الناس، فأمرهم علي فبعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها ثم قال للحكمين، تدریان ما عليكما؟ عليكما ان رأيتما أن تجمعا أن تجمعا وان رأيتما أن تفرقا أن تفرقا، قالت المرأة: رضيت بكتاب الله بما علي فيه ولي، وقال الرجل: أما الفرقة فلا، فقال علي رضي الله عنه: كذبت والله حتى تقر بمثل الذي أقرت به » (٣١).

ثالثاً - الإجماع:

وقع التحكيم لعدد من الصحابة كما ذكرنا قبل، ولم ينكره أحد، فكان اجماعاً جاء

== بغداد، الطبعة الأولى، سنة ١٢٩٨ هـ/ ١٩٧٨ م، ج ٤، ص ٥٨، وسيشار إلى هذا المصدر عند وروده فيما بعد هكذا: الصدر الشهيد، شرح. وعلي بن محمد السمناني (ت ٤٩٩ هـ/ ١١٠٥ م)، روضة القضاة وطريق النجاة، تحقيق صلاح الدين الناهي، مطبعة أسعد، بغداد، ١٣٨٩ هـ/ ١٩٧٠ م، ص ٧٨، وسيشار إلى هذا المصدر عند وروده فيما بعد هكذا: السمناني، روضة.

٢٨. ابن قدامة، المغني، ج ١١، ص ٤٨٤

٢٩. جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي (ت ٩١١ هـ/ ١٥٠٥ م)، تاريخ الخلفاء، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، مطبعة السعادة بمصر، الطبعة الأولى، ١٣٧١ هـ/ ١٩٥٢ م، ص ١٧٤، وسيشار إلى هذا المصدر فيما بعد هكذا: السيوطي، تاريخ.

٣٠. محمد بن إدريس الشافعي (ت ٢٠٤ هـ/ ٨١٩ م)، الأم، ٨ أجزاء، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية، ١٣٩٢ هـ/ ١٩٧٣، ج ٥، ص ١٩٥، وسيشار إلى هذا المصدر عند وروده فيما بعد هكذا: الشافعي، الأم.

٣١. الشافعي، الأم، ج ٥، ص ١٩٥، وأبو الفداء اسماعيل بن كثير القرشي (ت ٧٧٤ هـ/ ١٣٧٢ م)، تفسير القرآن العظيم، ٤ أجزاء، مطبعة عيسى الحلبي وشركاه بمصر، ج ١، ص ٤٩٣، وسيشار إلى هذا المصدر عند وروده فيما بعد هكذا: ابن كثير، التفسير،

في المنهاج وشرحه مغنى المحتاج: «ولو حكم خصمان رجلاً في غير حد الله تعالى جاز مطلقاً بشرط أهلية القضاء، ولا يشترط عدم القاضي، لأنه وقع لجمع من كبار الصحابة ولم ينكره أحد، قال الماوردي: فكان إجماعاً» (٣٢).

قال النووي: «وقد أجمع العلماء عليه ولم يخالف فيه إلا الخوارج فانهم أنكروا على علي التحكيم وأقام الحجة عليهم» (٣٣).

رابعاً - المعقول:

تدعو الحاجة إلى التحكيم، كما ذكرت في المقدمة، لأنه يعتبر ظهيراً للقضاء، ورديفاً له، يسهم معه في تحقيق العدالة، واحقاق الحق، ويتميز عليه بأمور عديدة منها:

١ - سرعة الحسم، واختصار الوقت لما ينطوي عليه من بساطة الاجراءات، وقلة الشكليات، وتفرغ الحكم لهذه المهمة، مع كونه عادة من أهل الخبرة والاختصاص فيها، مما يسهل عليه سرعة البت فيها بخلاف القضاء الذي ينظر في قضايا كثيرة، ويتقيد في أصول المرافعات باجراءات حافلة بالشكليات، مما يسبب البطء في إصدار الأحكام.

٢ - التحكيم أيسر على الخصمين من حيث امكان اقامته في كل زمان ومكان، ليلاً أو نهاراً، في أوقات الدوام وفي العطل الرسمية على السواء، بخلاف القضاء فانه يرتبط بمكان معين هو مجلس القضاء، وزمان محدد هو وقت الدوام الرسمي.

٣ - نفقات التحكيم تكون عادة زهيدة جداً إذا ما قيست بما ينفق على اقامة الدعوى لدى المحاكم من رسوم قضائية، وأتعاب محاماة، وأجور خبراء ومنتدبين، ونفقات انتقال واستحضار شهود وغير ذلك.

٤ - يضع التحكيم حداً لشطط الخصومة واللجاج فيها، ويتلافى ما ينشأ عنها من أحقاد، لأن حسم النزاع فيه يكون عادة بعد تراضي الخصوم، وعن طيب خاطر منهم، وبمعرفة شخص وضعوا ثقتهم فيه، واطمأنوا الى عدله ونزاهته، فيكون حكمه أطيّب لنفوسهم وأرضى لقلوبهم بينما يصدر الحكم عن القاضي رغماً عن الطرف المحكوم عليه، مما يولد الضغائن، ويشعل نار العداة والبغضاء بين الخصوم، سيما بين الأقارب (٣٤).

٣٢. الخطيب، مغنى المحتاج، ج٤، ص ٣٧٨، وأكمل الدين محمد بن محمود البابرّي (ت ٧٨٦هـ/ ١٣٨٤م) شرح العناية على الهداية، ٧ أجزاء، دار الفكر، الطبعة الثانية، ١٣٩٧هـ/ ١٩٧٧م، ج٧، ص ٣١٦، وسيشار إلى هذا المصدر فيما بعد هكذا: البابرّي، شرح العناية.

٣٣. النووي، شرح مسلم، ج١٢، ص ٩٢. والرملي، نهاية، ج٨، ص ٢٤٢.

٣٤. انظر: القاسم، النظام، ص ٤٥٤، ٤٦٦، والمؤمن، الوجيز، ص ٤.

٥ - في التحكيم محافظة على أسرار الخصوم، وبخاصة في المسائل الزوجية التي ينبغي سترها ومعالجتها بحكمة وسرية.

المبحث الرابع: التحكيم في القوانين الحديثة:

نظراً لأهمية التحكيم في تسوية الخلافات وتخفيف العبء عن القضاء واختصار الوقت والجهد على المتخاصمين فقد أقرته معظم التشريعات القانونية الحديثة، وتولت تنظيمه أما في قانون خاص كما حدث في الأردن حيث نظم التحكيم في قانون منفرد، هو القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٥٣، وأما ضمن قانون المرافعات كما حدث في بعض البلاد العربية، فقد نظمت أحكام التحكيم في قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ في المواد «٥٠١ - ٥١٣» وفي قانون المرافعات العراقي في المواد ٢٥١ - ٢٧٦، وفي قانون الأصول السوري في المواد ٥٠٦ - ٥٣٤، وأقرته من قبل مجلة الأحكام العدلية وبينت أحكامه في المواد ١٨٤١ - ١٨٥٠، وقد تضمنت هذه المواد التحكيم وما يجوز التحكيم فيه، وما لا يجوز حيث قصرته على حقوق الناس فقط وبينت الشروط اللازمة في المحتكمين والمحكمين ووجوب صدور الحكم باجماع الآراء، ونصت كذلك على جواز إقالة المحكمين، كما عرضت للتحكيم بالصلح وما يستلزمه من ضوابط إلى غير ذلك من الأحكام المتعلقة بالتحكيم وهي مستقاة من الفقه الحنفي.

وقد نصت القوانين الحديثة على عدة أنواع من التحكيم، فهو من حيث مدى صلاحية الحكم ينقسم الى نوعين:

الأول : التحكيم بالقضاء وهو تكليف المحكم بالفصل في النزاع على ضوء نصوص القانون وضمن الأصول المرعية في المحاكمات، فمهمته مهمة قضائية فقط.

والثاني : التحكيم بالصلح، وهو تفويض المحكم بانهاء النزاع صلحاً، دون التقيد بالقواعد القانونية أو الاجرائية المرعية ولكن ضمن القواعد العامة للتحكيم.

وينقسم من حيث تعلقه بنزاع قائم فعلاً أو محتمل قيامه في المستقبل الى قسمين:

الأول : مشاركة التحكيم، وهو التحكيم في نزاع قائم فعلاً.

الثاني : شرط التحكيم، وهو الاتفاق مقدماً على حسم المنازعات التي قد تنشأ في المستقبل عن تنفيذ عقد معين بطريق التحكيم، وقد يكون هذا الاتفاق وارداً في صلب العقد الأصلي أو في عقد مستقل، وعلى ذلك يكون تنفيذ التحكيم في هذه الحالة أمراً احتمالياً اذ قد لا ينشأ أي نزاع في هذا الموضوع يستوجب التحكيم.

وينقسم كذلك من حيث وجوب اللجوء اليه وعدمه الى قسمين:

الأول : التحكيم الاختياري، وهو لجوء الخصمين الى التحكيم طواعية.

والثاني : التحكيم الاجباري، وهو الذي يجبر فيه الخصمان قانوناً برفع النزاع إلى هيئة تحكيمية للفصل فيه.

وقد نظمت القوانين الحديثة مسائل التحكيم بشكل مفصل وبينت الأهلية الواجب توافرها في المحكمين والمحكّمين والقضايا التي يجوز التحكيم فيها، والاجراءات الواجب اتباعها، وأخضعت عملية التحكيم برمتها لرقابة القضاء وبينت طرق الطعن فيها^(٣٥).

وقد تولت قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية تنظيم التحكيم بين الزوجين طبقاً لشروط محددة مستوحاة من أحكام الشريعة الاسلامية.

الفصل الثاني: طبيعة التحكيم والفرق بينه وبين القضاء والصلح ونحوهما

وفيه مبحثان :

المبحث الأول - طبيعة التحكيم

المبحث الثاني - الفرق بين التحكيم وبين القضاء والصلح وغيرهما من الأمور المشابهة.

المبحث الأول : طبيعة التحكيم :

التحكيم عقد رضائي يتم بإيجاب وقبول كسائر العقود، فهو في بدايته عمل تعاقدى بين الخصوم أنفسهم من جهة، وبينهم وبين المحكم من جهة أخرى، الا أن مهمة المحكم يغلب عليها الصفة القضائية، وحكمه ملزم للخصوم عند أكثر الفقهاء، ويستمد سلطانه لا بإرادة الخصوم وحدها، بل بإرادة الشرع وحلوله محل القضاء، وتتمثل إرادة الخصوم في التحكيم في الاتفاق عليه أولاً، ثم في الاتفاق على شخص المحكم، وتحديد مكان التحكيم وزمانه وموضوعه وحدوده.

وتأسيساً على أن التحكيم نوع من القضاء ينبغي على المحكم أن يتبع الأصول الشرعية في سماع البينة والدفاع، وله أن يطلب من المحكمة إبراز أي مستند ضروري للتحكيم أو استدعاء الشهود لأداء الشهادة، ومن كذب في الشهادة أمامه يعتبر قد ارتكب جرم شهادة الزور كما لو فعل ذلك أمام محكمة ذات اختصاص، على أن التعزيز على ذلك للقضاء لا للمحكم، ويمكن إنهاء النزاع بإجراء مصالححة بين الخصوم أمامه تكون بعد التصديق عليها بمثابة حكم صادر منه.

ولطبيعة عمل المحكم القضائية يكتفى بعلمه في تعديل الشهود وتجريحهم وفي اعتماد ما يجري أمامه من شهادة وأقرار ووقائع، ولا يجوز الطعن بصحة شيء من

٣٥. انظر: أبو الوفا، التحكيم، ص ٢٢، والمومني، التحكيم، ص ٦٥، والمؤمن، الوجيز، ص ١٠.

ذلك (٣٦).

كما يعتبر التحكيم مطالبة قضائية بالحق يقطع مرور الزمن فلا تحتسب المدة السابقة للتحكيم من مدة التقادم التي تمنع سماع الدعوى بالحق على المنكر، وهي مدة خمس عشرة سنة طبقاً للاجتهاد الحنفي:

وعلى المحكم أن يلتزم بأداب القضاء من التسوية بين الخصمين وعدم قبول الرشوة، وله أن يتقاضى أجراً على عمله فقد جاء في الروضة: «قال الشيخ أبو حامد: لو قال (أي الحكم) للخصمين: لا أقضي بينكما حتى تجعلا رزقاً جاز ومثله عن القاضي أبي الطيب وغيره، وهذا اذا لم يكن له رزق من بين المال» (٣٧).

صفة الحكمين في الشقاق بين الزوجين:

قلنا أن عمل المحكم تغلب عليه الصفة القضائية إلا أنه جرى خلاف بين الفقهاء في صفة الحكمين بين الزوجين هل هما حاكمان أم وكيلان على قولين:

القول الأول: هما حاكمان، ذهب الى ذلك المالكية والشافعية في قول لهم، واحمد في احدى الروايتين عنه والأوزاعي.

القول الثاني: هما وكيلان لا حاكمان، قال بذلك الحنفية والشافعية في الأصح عندهم، وأحمد في الرواية الثانية عنه والزيدية وأبو ثور وابن حزم.

وأهم ثمرة للخلاف بين القولين أنه إذا كانا حاكمين فلهما التفريق بين الزوجين بعبوض وبغير عبوض ولو لم يرضيا بذلك، وإذا كانا وكيلين فليس لهما ذلك الا باذن الزوجين أو بالزام القاضي. وكذلك يترتب على هذا التفريق أنه لا يشترط في الحكمين الذكورة اذا كانا وكيلين لأن الذكورة ليست شرطاً في صحة الوكالة بينما تشترط الذكورة عند أكثر الفقهاء اذا اعتبرناهما حاكمين. وقد استدل من قال بالحاكمية بما يلي (٣٨):

١ - بقوله تعالى: « فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما » (٣٩) والاستدلال بالآية من وجوه:

٣٦. انظر: المومني، التحكيم، ص ٢٠٥، ٣٧٤.
٣٧. النووي، الروضة، ج ١١، ص ١٤٢، ١٤٣، وإعانة، ج ٤، ص ١٣٢.
٣٨. ابن قدامة، المغني، ج ٨، ص ٩٦٧ وما بعدها، والخطيب، مغنى المحتاج، ج ٢، ص ٢٦١، والشيرازي، المهذب، ج ٢، ص ٧٠، ومحمد بن احمد القرطبي (ت ٦٧١ هـ/ ١٢٧٢ م) الجامع لأحكام القرآن، ٢٠ جزءاً، دار إحياء التراث العربي، بيروت، تصو ير عن الطبعة الثانية لدار الكتب المصرية، ج ٥، ص ١٧٦، وما بعدها، وسيشار إلى هذا المصدر عند وروده فيما بعد هكذا: القرطبي، الجامع. ومحمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية (ت ٧٥١ هـ/ ١٣٥٠ م)، زاد المعاد في هدى خير العباد، ٤ أجزاء في مجلدين، المطبعة المصرية، ١٩٧٩، ج ٤، ص ٣٣ - ٣٤، وسيشار الى هذا المصدر عند وروده، فيما بعد هكذا: ابن القيم، زاد.
٣٩. سورة النساء، آية ٣٥.

- ١ () خاطب الله غير الزوجين بارسال الحكمين وإذا كان المخاطب غيرهما فكيف يكون ذلك بتوكيلهما؟
- ب () لو كانا وكيلين لم يختصا بأن يكونا من الأهل.
- ج () أن الله أسند الحكم والارادة اليهما بقوله: «إن يريدان إصلاحاً» والوكيل لا ارادة له مستقلة عن ارادة موكله انما يتصرف ضمن قيود وكالته.
- د () ان الله سمى المبعوث حكماً، ومعنى الحكم لغة هو الحاكم الذي له ولاية الحكم والالزام، والوكيل له اسم ومعنى خاص به، ولا يصح احلال احدهما محل الآخر.

٢ - بالأثر المقدم عن علي، كرم الله وجهه، ووجه الاستدلال به أنه قال للحكمين: «عليكما أن رأيكما أن تجمعما أن تجمعما وان رأيكما أن تفرقا أن تفرقا» فدل على أن للحكمين التفريق، وأما إجبار الرجل على الموافقة على ذلك فليس فيه دلالة على التوكيل، إنما هو إجبار على الرضا بكتاب الله وبشرعه في التحكيم، ولو كان يقصد التوكيل لقال للحكمين: «أتدريان بم وكلتما؟» بدلا من «أتدريان ما عليكما؟» ويسأل الزوجين عما قال لهما.

٣ - بالأثر السابق عن عثمان، رضي الله عنه، أنه حكم عبد الله بن عباس ومعاوية بين عقيل بن أبي طالب وزوجه فاطمة بنت عتبة، والذي جاء فيه عن ابن عباس قوله: «لأفرق بينهما» وقال معاوية «ما كنت لأفرق بين شيخين من بني عبد مناف» فدل ذلك على أن للحكم التفريق بين الزوجين إذا رأياه طريقاً وحيداً لحسم النزاع بينهما (٤٠).

أدلة أصحاب القول الثاني:

- استدل من قال بالوكالة بما يلي: -
- ١ - بقوله تعالى: «إن يريدان إصلاحاً» ولم يقل «أن يريدان فرقة» فدل على أن ليس للحكمين أن يفرقا إلا بتوكيل.
- ٢ - بالأثر المتقدم عن علي، كرم الله وجهه، ويفهم منه أنه أخذ موافقة الزوج المسبقة على خطوات الحكمين وما يقررانه من جمع أو تفريق.
- ٣ - استدلو بالمعقول فقالوا: إن الله تعالى جعل الطلاق من حق الزوج وبذل المال من حق الزوجة، وهما رشيدان لا يجوز لغيرهما التصرف في حقهما إلا باذنهما، ولا

يلزمان بتصرف غيرهما، قال تعالى: «ولا تكسب كل نفس الا عليها» (٤١) وقال: «يا أيها الذين آمنوا لا تاكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم» (٤٢)، وقال صلى الله عليه وسلم: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة من نفسه» (٤٣).

٤ - قالوا: إن تسمية المبعوث حكماً لا ينفي معنى الوكالة، فقد يكون منشأ هذه التسمية ان الحاكم يقبل قولهما على الزوجين، أو لأنهما يتحريان الأصلح والأوفق فيما وكل اليهما من جمع أو تفريق كما هو شأن الحكم في تحري ذلك فيما جعل اليه (٤٤). هذا ولم تسلم أدلة الفريقين من الإيراد والمناقشة، وعند التحقيق يتبين أن القول الأول هو الأولى بالصواب للأسباب الآتية:

١ - نقل ذلك القول عن علي وعثمان وابن عباس ومعاوية رضي الله عنهم، ولم يعرف لهم مخالف من الصحابة، وانما عرف الخلاف بين التابعين.

٢ - هو المدلول الحقيقي لكلمة (الحكم) والأصل حمل الكلام على الحقيقة، ولا يصار إلى المجاز الا اذا تعذر ذلك.

٣ - إن قواعد الشريعة لا تمنع من ثبوت الولاية على الرشيد في حالات خاصة، كتطليق الحاكم على المولي إذا امتنع، وقيامه بقضاء الدين عن الماطل من ماله، فكذا جعل الشرع للحكم سلطة التفريق بين الزوجين عند الاقتضاء، لما في ذلك من المصلحة الراجحة.

وهذا يتفق مع ما أخذ به قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة (١٣٢/هـ) منه.

المبحث الثاني - الفرق بين التحكيم والقضاء والصلح وغيرها من الأمور المشابهة:

أولاً: الفرق بين التحكيم والقضاء:

يمكن إجمال الفروق بين التحكيم والقضاء فيما يلي:

١ - يعتبر القضاء أهم خصائص الدولة، فهي المسؤولة عن فرض العدالة والمحافظة على

٤١. سورة الأنعام، آية ١٦٤.

٤٢. سورة النساء، آية ٢٩.

٤٣ و ٤٤. أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص (ت ٣٧٠هـ/ ٩٨٠م) أحكام القرآن، ٣ أجزاء، دار الكتاب العربي، بيروت، تصويرو عن الطبعة الأولى ١٣٣٥هـ، ج ٢، ص ١٩١، ويشير إلى هذا المصدر عند وروده فيما بعد الجصاص، أحكام.

الحقوق، أما التحكيم فهو طريق استثنائي لفصل الخصومات.

٢ - إرادة الخصوم تبدو في التحكيم أبرز منها في القضاء، فالخصوم هم الذين يختارون الحكم عادة، ويحددون نوع التحكيم مطلقاً أو مقيداً بالقضاء، ويحددون مكانه ومدته، وتبرز فيه الصفة التعاقدية، بل اشترط بعض الفقهاء رضا الخصوم بالحكم الذي يصدره المحكم، بينما في القضاء يكون القاضي معيناً من قبل الدولة، وهو الذي يعين زمان الجلسة، ولا تظهر إرادة الخصوم في القضاء إلا في نطاق ضيق، كاختيار محكمة دون أخرى إن كان ثمة مجال للاختيار، واختيار زمن معين لرفع الخصومة إلى القضاء، وقد يتفقون على النزول عن الخصومة أو القبول بالصلح، إلى غير ذلك من مظاهر الإرادة، ولكن تبقى إرادة الخصوم في التحكيم أقوى وأوضح.

٣ - ولاية القضاء أعم من ولاية التحكيم، لأن ولاية القاضي منبثقة عن ولاية الامام فكانت ولاية عامة، فدائرتها أوسع من دائرة التحكيم، ويمكن للقاضي نظراً لذلك أن ينظر في سائر القضايا من حقوق مالية ومدنية وحدود وغيرها، ويشمل نظره سائر الخصومات التي تحدث في نطاق دائرته القضائية دون التقيد بخصوم معينين.

أما ولاية التحكيم فمستندة لإرادة الخصوم، فكانت قاصرة عليهم وذهب كثير من الفقهاء إلى أن المحكم لا يحكم إلا في الحقوق المالية ونحوها، وبذلك تكون رتبة القاضي أعلى، فهو ينظر في كل ما ينظر فيه المحكم دون العكس، بل للقاضي نقض حكم المحكم في المسائل الاجتهادية عند بعض الفقهاء (٤٥)، ولا يصح نقض حكم القاضي من قبل المحكم.

٤ - يلزم القاضي بالنظر في الخصومات التي ترفع اليه، أما المحكم فلا يلزم بقبول التحكيم.

٥ - يلزم المدعى عليه بالحضور أمام القاضي أما في التحكيم فلا يلزم شرعاً أي من الخصمين بالحضور إلى مجلسه وإنما يأتیان اختياراً (٤٦).

٦ - يمنع القاضي شرعاً من مزاوله التجارة أو مهنة أخرى حتى لا ينشغل عن وظيفته ولا يستغل سلطته للكسب غير المشروع، ولكن المحكم لا يمنع من ذلك نظراً لمحدودية وظيفته.

٧ - قصور حكم المحكم على المتخاصمين فقط، وفي الخصومة التي حكماء فيها، فلا يتجاوزها إلى غيرها، ويعتبر حكمه فضولياً فيما ليس له فيه ولاية شرعية.

٤٥. محمد أبو فارس، القضاء في الاسلام، نشر مكتبة الأقمى، عمان، الطبعة الأولى، سنة ١٩٧٨م، ص ١٧١.
وسيشار الى هذا المرجع عند وروده فيما بعد هكذا: أبو فارس، القضاء.

٤٦. عبد المنعم، حكم، ص ٣٤.

فلو حكماه في قتل خطأ، فحكم على العاقلة بالدية، لم ينفذ حكمه، لأن العاقلة لم ترض به، وحكم المحكم انما ينفذ على من رضي بحكمه، وفي وجه للشافعية أن الحكم ينفذ، لأن الرضا بالتحكيم حصل من القاتل، وهذا مبني على القول بأن الدية تجب ابتداء على القاتل ثم تتحملها العاقلة.

ولو حكمما في عيب مبيع فحكم برده لم يجز للبائع أن يرده على بائعه الأول إلا برضاه، لعدم ولاية المحكم عليه.

ولو ادعى عند المحكم رجل على وارث بدين على الميت وأقام البيينة فحكم له بما ادعاه على ذلك الوارث لم يكن حكماً على بقية الورثة ولا على الميت، لعدم رضاهم بتحكيمة، بخلاف القاضي، فإن حكمه نافذ على الجميع لعموم ولايته (٤٧).

ولو أن رجلاً ادعى على آخر مبلغاً من المال وادعى أن فلاناً الغائب ضمنها له عن هذا الرجل، فتحاكما إلى رجل فحكم بالمال على المدعى عليه وبالكفالة عنه، فحكمه نافذ على المدعى عليه دون الكفيل، لأن الكفيل لم يرض حكمه (٤٨). وكذلك لو حضر الكفيل والمكفول عنه غائب فأقام المدعي بيينة على حقه وعلى كفالة الكفيل له، وحكم المحكم بذلك، فإن حكمه جائز على الكفيل دون المكفول عنه (٤٩).

واستثنى الحنفية من ذلك مسألة ما لو حكم أحد الشريكين وغريم له رجلاً فحكم بينهما وألزم الشريك، تعدى للشريك الثاني الغائب، لأن حكمه كالصلح، والصلح من أفعال التجار، فكان كل واحد من الشريكين راضياً بالصلح وما في معناه (٥٠).

ولو رأى شخص من خارج نطاق التحكيم أن له علاقة بالنزاع محل التحكيم وله مصلحة بحله تحكيمياً، وأراد الانضمام للتحكيم وقبول نتائجه بإرادته واختياره، لا يقبل انضمامه إلا بموافقة سائر أطراف النزاع، وفي هذه الحالة يعتبرون وكأنهم دخلوا في تحكيم جديد، ولا بد كذلك من موافقة المحكم على قبول المهمة في وضعها الجديد (٥١).

٤٧. الصدر الشهيد، شرح، ج ٤، ص ٦٤، والموصلي، الاختيار، ج ٢، ص ٩٢، وابن نجيم، البحر، ج ٧، ص ٢٨، والنووي، الروضة، ج ١١، ص ١٢٢، وحيدر، درر، ج ٤، ص ٦٤١ - ٦٤٢، والخطيب، مغنى المحتاج، ج ٤، ص ٢٧٩، وعلي بن محمد الماوردي (ت ٤٥٠ هـ / ١٠٥٨ م)، أدب القاضي، جزءان، تحقيق محيي هلال السرحان، نشر الأوقاف العراقية، مطبعة العاني، بغداد، ١٣٨٢ هـ / ١٩٧٢ م، ج ٢، ص ٢٨٤ - ٢٨٥، وسيشار إلى هذا المصدر عند وروده فيما بعد هكذا: الماوردي، أدب. وإبراهيم بن عبد الله المعروف بابن أبي الدم (ت ٦٤٢ هـ / ١٢٤٤ م)، أدب القضاء، تحقيق: محمد مصطفى الزحيلي، ص ١٤١، وسيشار إلى هذا المصدر عند وروده فيما بعد هكذا: ابن أبي الدم، أدب.

٤٨ و ٤٩. الصدر الشهيد، شرح، ج ٤، ص ٦٧، والسمناني، روضة، ج ١، ص ٨١ والماوردي، أدب، ج ٢، ص ٢٨٤.

٥٠. ابن عابدين، حاشية، ج ٤، ص ٣٤٩، وحيدر، درر، ج ٤، ص ٦٤٢، وابن نجيم، البحر، ج ٧، ص ٢٨.

٥١. المومني، التحكيم، ص ٢٩٨ - ٢٩٩.

٨ - نص الحنفية أنه لا يكتب المحكم للقاضي كتاباً حكماً كما لا يكتب القاضي له كتاباً حكماً، ويجوز ذلك بين القضاة^(٥٢)، لكن الحنابلة ذكروا أنه يلزم من كتب اليه المحكم بحكمه القبول والتفويض لأنه حاكم كالقاضي^(٥٣).

٩ - ليس للمحكم أن يحبس أو يستوفي عقوبة لأدني ثبت موجبها عنده لئلا يخرق أبهة القضاء، بل غايته الاثبات والحكم^(٥٤)، لكن يجوز له ضرب أحد الخصمين ضرباً خفيفاً كعقوبة تعزيرية اذا أثبتت عليه البينة كما نص المالكية^(٥٥). ونقل الحموي عن صدر الشريعة أن للمحكم الحبس^(٥٦).

١٠ - لو رد المحكم الشهادة بتهمة ثم اختصما إلى آخر أو إلى قاض فزكيت البينة يقضي بها، لأن المحكم لم يكن قاضياً في حق غير الخصمين، ولم يتصل بهذه الشهادة رد قاض من قضاة المسلمين، انما اتصل بها رد واحد من الرعايا، فكان للقاضي أبطال هذا الرد، بخلاف ما لو رد قاض شهادة أحد للتهمة فلا يقبلها قاض آخر^(٥٧).

١١ - لا يصح حكمه على وصي صغير بما فيه ضرر عليه.

١٢ - لا يتقيد المحكم ببلد التحكيم، وله الحكم في البلاد كلها، أما القاضي فيتقيد في حدود منطقته القضائية.

وكذلك لا تتحدد جلسات التحكيم بمكان خاص فقد تكون في منزل أو مكتب أو مقر شركة، الا اذا اتفق على مكان معين وكذلك لا يتقيد المحكم بزمان معين، فله أن يختار الزمان الملائم لظروفه وظروف أطراف النزاع وطبيعة الموضوع، سواء أكان أثناء الدوام الرسمي أم لا.

١٣ - للمحكمين عزل المحكم قبل الحكم، على اختلاف بين العلماء في تفاصيل هذه المسألة، وليس لهما عزل القاضي.

١٤ - إذا ارتد المحكم انعزل فاذا أسلم فلا بد من تحكيم جديد بخلاف القاضي^(٥٨).

٥٢. حيدر، درر، ج ٤، ص ٦٤٦، وجماعة من علماء الهند برئاسة الشيخ نظام، وبأمر السلطان المظفر محي الدين محمد أورتك عالمكير (ت ١٠٧٠هـ/ ١٦٥٩م)، الفتاوى الهندية، ٤ أجزاء، طبعة بولاق الثانية، ١٣١٠هـ، ج ٣، ص ٣٩٩، وسيشار إلى هذا المصدر عند وروده فيما بعد هكذا: جماعة من علماء الهند، الفتاوى.
٥٣. البيهوتي، كشف، ج ٦، ص ٣٠٣، والمرداوي، الانصاف، ج ١١، ص ١٩٨.
٥٤. الخطيب، مغنى المحتاج، ج ٤، ص ٣٧٨، وابن أبي الدم، أدب، ص ١٤٠، والنووي، الروضة، ج ١١، ص ١٢٢، والرمل، نهاية، ج ٨، ص ٢٤٣، وابن نجيم، البحر، ج ٧، ص ٢٨.
٥٥. محمد أحمد عرفة الدسوقي (ت ١٢٣٠هـ/ ١٨١٤م)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤ أجزاء، مطبعة عيسى الحلبي بمصر، ج ٤، ص ١٣٦، وسيشار إلى هذا المصدر عند وروده فيما بعد هكذا: الدسوقي، حاشية.
٥٦. الطحطاوي، حاشية، ج ٣، ص ٢٠٨.
٥٧. جماعة من علماء الهند، الفتاوى، ج ٣، ص ٣٩٩، ابن نجيم، البحر، ج ٧، ص ٢٨.
٥٨. ابن نجيم، البحر، ج ٧، ص ٢٦ - ٢٨، حيدر، درر، ج ٤، ص ٦٤٦.

١٥- تكون جلسات القضاء وأحكامه علنية في الأصل، أما التحكيم فلا يشترط فيه علانية الجلسات.

١٦- لا يكون في التحكيم مدعي ومدعى عليه بالمعنى القضائي، وإنما فيه أطراف نزاع، ولذلك ليس للحكم حق اسقاط الدعوى، فهو إما أن تقدم له بيانات كافية فيحكم على ضوئها أو يعتبر الخصمين غير جادين في التحكيم (٥٩).

١٧- يجوز للقاضي أن يوكل غيره أن كان مأذوناً بالاستخلاف، أو كانت ولايته مطلقة عند بعض العلماء، أما المحكم فلا يجوز أن يوكل غيره، لأن الخصمين لم يرضيا بتحكيم غيره، فإن فوض وحكم الثاني بغير رضاها، وأجاز الحكم الأول لم يجز إلا أن يجيزه الخصمان، فإن أجازاه نفذ الحكم لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة (٦٠).

١٨- لا يجوز تعليق التحكيم أو اضافته عند أبي يوسف بخلاف القضاء، وصورة التعليق أن يقول مثلاً: إذا أهل الهلال فاحكم بيننا، وصورة الاضافة أن يقول: جعلناك حكماً بيننا غداً، وذلك لأن حكمه هو صلح من وجه فلا يكون مثله بالشك (٦١). وأما في القوانين الوضعية فلا مانع من تعليق التحكيم على شرط جائز قانوناً (٦٢).

١٩- لا يجوز للقاضي أن يحكم لنفسه ولا لأصله وفروعه وزوجه، ولا لشريكه في مال الشركة، لمظنة المحاباة، أما التحكيم فيرى المالكية في الأشهر عنهم وبعض الحنابلة، أنه يجوز تحكيم أحد الخصمين صاحبه، وأن حكم لنفسه أو عليها نفذ حكمه ما لم يكن جوراً بيناً. ومن باب أولى جواز حكمه لغيره ممن يرتبط بهم برابطة الأبوة أو البنوة أو الزوجية أو غيرها، وقد ذهب الشافعية في وجه لهم إلى جواز حكم المحكم لولده أو والده أو على عدوه (٦٣)، وهذا الفرق يعود لطبيعة التحكيم الاختيارية، فما دام الخصمان قد ارتضيا للتحكيم شخصاً مكتمل الشروط فلا ضير من علاقته أو قرابته من أحد الخصمين، ما دام الطرف الآخر عارفاً بذلك راضياً بتحكيمة، مطمئناً

٥٩. المومني، التحكيم، ص ٢٠٤.
٦٠. حيدر، درر، ج ٤، ص ٦٤٣، جماعة من علماء الهند، الفتاوي، ج ٣، ص ٤٠٠، وابن نجيم، البحر، ج ٧، ص ٢٩.
٦١. جماعة من علماء الهند، الفتاوي، ج ٣، ص ٣٩٨، وابن نجيم، البحر، ج ٧، ص ٢٧.
٦٢. أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وأجراءاته، الطبعة الثالثة، ١٩٧٨م، ص ٢٧، وسيشار إلى هذا المرجع عند وروده فيما بعد هكذا: أبو الوفا، عقد.
٦٣. ابن فرحون، تبصرة، ج ١، ص ٥٦، الخرخشي، فتح، ج ٧، ص ١٤٥، وأحمد بن محمد الصاوي المالكي (ت ١٢٤١هـ/ ١٨٢٥م)، بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ٣ أجزاء، مطبعة عيسى الحلبي بالقاهرة، ج ٣، ص ٢٧٠، وسيشار إلى هذا المصدر عند وروده فيما بعد هكذا: الصاوي بلغة. ومحمد بن مفلح (ت ٧٦٣هـ/ ١٣٦١م) الفروع، ٦ أجزاء، عالم الكتب، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤٠٢هـ، ج ٦، ص ٤٤٠، وسيشار إلى هذا المصدر عند وروده فيما بعد هكذا: ابن مفلح، الفروع، والمرداوي، الانصاف، ج ١١، ص ١٩٨، وابن أبي الدم، أدب، ص ١٤٠، والماوردي، أدب، ج ٢، ص ٣٨٥-٣٨٦.

الى عدالته ونزاهته.

وأما القاضي فهو منصب من قبل الامام، وقد لا يكون مرضياً عند الخصمين أحدهما أو كليهما، فمن الطبيعي أن لا يسمح له بالحكم لنفسه، ولأصله وفرعه، ضماناً لحيدته وتجرده، وموضوعية أحكامه، وبعداً به عن مظنة التهمة والمحاباة^(٦٤).

ثانياً: الفرق بين التحكيم والصلح:

عرف ابن قدامة الصلح بأنه «معاقدة بتوصل بها الى الاصلاح بين المختلفين»، وعرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة ١٥٣١ بأنه «عقد يرفع النزاع بالتراضي وينعقد بالايجاب والقبول» وبهذا يشترك الصلح والتحكيم بأنهما عقدان بين المتخاصمين بقصد حسم نزاعهما بالتراضي، وأن كل ما يجوز فيه الصلح يجوز فيه التحكيم، لكن يختلف الصلح عن التحكيم في نواح عدة منها:

- ١ - أن الصلح يتم بين المتخاصمين أنفسهم أو بين من يمثلونهم دون اللجوء الى شخص ثالث.
- ٢ - أن الصلح يتم في الغالب عن طريق تقديم تنازلات من كلا الطرفين، ويعرف المتصالحان في مجلس الصلح ما يناله كل منهما مما يتخاصمان له، بينما يقوم المحكم بمهمة القضاء، ولا ينطوي التحكيم على تقديم تنازلات، ويتعذر معرفة نتيجته في مجلس الاتفاق أو في وقت لاحق، ولذلك كان أشد خطورة من الصلح لأن التجاوز عن الحق في الأخير معروف قبل تمامه.
- ٣ - أن عقد الصلح لا يكون ملزماً في ذاته الا اذا جرى أمام المحكمة وكان تنفيذه ممكناً، أما التحكيم فيكون ملزماً عند جمهور الفقهاء، ويكتسب الإلزامية في القوانين الحديثة بعد التصديق عليه من المحكمة^(٦٥).

ثالثاً - الفرق بين التحكيم والوكالة:

يشترك التحكيم والوكالة في أمرين:

- ١ - قول الوكيل نافذ على موكله، كنفوذ قرار المحكم على المحتكم.
- ٢ - يقيد الوكيل بما وكل فيه لا يتعداه الى غيره، والحكم مقيد كذلك بالخصومة التي انتدب لحلها.

ولكن يختلف التحكيم عن الوكالة من حيث إن الوكيل يستمد سلطانه من الموكل

٦٤. انظر: القاسم، النظام، ص ٤٥٥.

٦٥. انظر: أبو الوفا، التحكيم، ص ٢٩، والمؤمن، الوجيز، ص ٢٥، والمومني، التحكيم، ص ٦٢.

ولا يقوم إلا بما يمكن أن يقوم به الموكل، ولا يعمل إلا لصالحه، بينما يكون الحكم مستقلاً تماماً عن الخصوم، ولا يتمكن أي منهم أن يتدخل في عمله، ولا يعمل لصالح أي منهم، بل ينبغي أن يتسم عمله بالحياد والتجرد، و يلتزم بالحكم على مقتضى العدل والحق (٦٦).
ويشترط الفقهاء شروطاً معينة في الحكم كالذكورة والعلم ولا تشترط في الوكيل.

رابعاً: الفرق بين التحكيم والخبرة :

وجه الشبه بين التحكيم والخبرة هو أن في كل منهما استعانة بأشخاص آخرين لحل الموضوع المتنازع فيه، غير أنهما يختلفان في أن مهمة التحكيم مهمة قضائية، ويشترط في الحكم شروط معينة، و يتقيد بقواعد المحاكمات ووسائل الإثبات الشرعية، ولحكمه صفة الإلزام عند جمهور الفقهاء.

بينما يكون الخبير عادة من أصحاب التخصصات، ولا يكلف إلا بابداء رأي أو إعداد تقرير حول قضية ما، و يتسم عمله غالباً بالطابع الفني، ولا يتقيد بقواعد إجرائية أو بينات، ولا يكون رأيه أو تقريره ملزماً للخصوم أو للقاضي، ولا يعدو أن يكون شهادة أو قرينة يستأنس بها في الحكم (٦٧).

خامساً: الفرق بين التحكيم والقضاء الشعبي :

يشترك التحكيم مع القضاء الشعبي في أن هيئة الحكم في كل منها تكون بالانتخاب، لكن هيئة التحكيم تنتخب عادة من قبل الخصوم، و يقتصر نظرها على القضية أو القضايا التي تسند إليها، أما القضاء الشعبي فيختار أعضاؤه من قبل الشعب، ولا يشترط فيهم أن يكونوا من رجال القانون، و يسند اليهم أعمال القضاء، وفي الأنظمة الماركسية يخضعون لرقابة الشعب والرأي العام، و يطلق عليه اسم القضاء التقدمي أو القضاء الاشتراكي، باعتبار أن طبقة البروليتاريا، وهي في نظرهم صاحبة المصلحة في تحقيق المجتمع الشيوعي، لها أن تختار قضااتها من أفرادها، وتتمسك بهذا النظام أيضاً بعض الدول الديمقراطية الغربية باعتباره مظهراً من مظاهر سيادة الشعب (٦٨).

سادساً: الفرق بين المحكمين والمحلفين :

أن القاسم المشترك بين المحكمين والمحلفين هو أنه يغلب على عمل كل منهم الصفة الشعبية، وأن الغاية التي يتوخاها كل منهم هي احقاق الحق، وتحقيق العدل وتسوية المشاكل بطرق أكثر مرونة وودية وأرضى للخصوم، لما يتمتع به كل منهم من خبرة بعادات

٦٦. انظر: أبو الوفا، التحكيم، ص ٢٠.

٦٧. انظر: أبو الوفا، التحكيم، ص ٢٨، والمومني، التحكيم، ص ٦٢.

٦٨. عبد المنعم، حكم، ص ١٢ - ١٣.

المجتمع وتقاليده.

و يختلف المحكمون عن المحلفين من حيث الشروط الواجب توافرها في كل منهم، ومن حيث طريقة التعيين، وطبيعة الدور المنوط بهم.

فمن حيث الشروط يشترط في المحكم في الفقه الاسلامي شروط القاضي تقريباً، كما سنبينه فيما بعد، ويتم تعيينه عادة من قبل الخصوم، وولايته مقصورة على الخصومة التي عين للنظر فيها، كما ذكرنا سابقاً، أما المحلفون فهم عدد من المواطنين يختارون بالانتخاب أو بالقرعة من بين قوائم تضم من تتوافر فيهم شروط معينة، وهذه الشروط قد تختلف من بلد لآخر، وفي البلد الواحد من زمن لآخر، وتكون مهمتهم مشاركة القضاة المتخصصين في النظر في القضايا، وتختلف حدود هذه المشاركة من دولة لأخرى، ففي انجلترا يقتصر دورهم على تقويم وقائع الدعوى، واصدار قرار الادانة أو عدم الادانة، ويترك للقاضي انزال حكم القانون على هذه الوقائع وتقدير العقوبة المناسبة، أما في روسيا فتتسع دائرة صلاحية المحلفين لتشمل مشاركة القاضي في اصدار الأحكام، ويصدر الحكم بالأغلبية حتى ولو كان القاضي في جانب الأقلية، ويتمتع المحلفون بحقوق القاضي نفسها تقريباً. وعلى العموم يعتبر وجود المحلفين ضماناً لحيدة القضاة، وسبيلاً للحيلولة دون تعسفهم وموالاتهم لهذه الجهة أو تلك (٦٩).

سابعاً: الفرق بين المحكمين وقضاة الصلح:

يشترك المحكمون وقضاة الصلح في أنه يحاول كل منهم تسوية النزاعات بالطرق الودية، ولا يصح حكم قضاة الصلح - في بعض البلاد - الا بعد محاولة الاصلاح بين الخصمين بالتراضي، ولكن هناك فروقاً بين الفريقين منها:

- ١ - يختار المحكمون بارادة الخصوم، بينما قضاة الصلح يختارون بواسطة الشعب في بعض البلاد، ويعينون من قبل الدولة في بلاد أخرى.
- ٢ - لا تشترط بعض البلدان مؤهلات قانونية لقضاة الصلح، ويكفي أن يكونوا من أهل الخبرة والسمعة الحسنة أو ممن لهم خدمات جلى في الدولة.
- ٣ - يقتصر دور قضاة الصلح في بعض البلاد على النظر في الدعاوي الجزئية وعلى تقرير الرأي فيما اذا كانت هناك شبهة تجب معها المحاكمة أم لا، وهم غير مقيدين في تقدير الأدلة المقدمة اليهم، فهم أحرار يقررون ما يعتقدون، ولا تستأنف أحكامهم، وقراراتهم نهائية ولا رقابة عليهم (٧٠).

٦٩. عبد المنعم، المصدر نفسه، ص ١٣ - ١٤.

٧٠. عبد المنعم، المصدر نفسه، ص ١٤ وما بعدها.

الفصل الثالث - شروط التحكيم :

وفيه أربعة مباحث :

المبحث الأول : شروط المحكم - بكسر الكاف .

المبحث الثاني : شروط المحكم - بفتح الكاف .

المبحث الثالث : شروط المحكوم فيه .

المبحث الرابع : شروط صحة الحكم .

المبحث الأول : شروط المحكم - بكسر الكاف

بما أن التحكيم عقد كسائر العقود، فيشترط في العاقد عند الشافعية، في الأشهر عنهم، كمال الأهلية من العقل والبلوغ والرشد وأهلية التصرف المطلق في الحقوق (٧١)، وعلى ذلك لا يصح التحكيم من صغير ولو كان مميزاً أو من مجنون أو محجور عليه لجنة أو عته أو سفه أو تفليس، وهذا ما تبنته القوانين الوضعية الحديثة، كقانون أصول المحاكمات السوري في المادة (٥٠٧)، وقانون المرافقات الكويتي في المادة (٢٥٥)، وقانون المرافقات المصري في المادة (٤/٥٠١)، إذ نصت على أنه لا يصح التحكيم إلا ممن له التصرف في حقوقه.

وأما الاجتهاد الحنفي فيذهب إلى أن العقود الدائرة بين النفع والضرر، والتحكيم واحد منها، تصح من الصبي المميز بموافقة وليه أو وصيه، وتتحقق هذه الموافقة باذن سابق أو اجازة لاحقة، وذلك تمريناً للصبي على إدارة شؤونه واستثمار أمواله تمهيداً لدفعها إليه (٧٢)، عملاً بقوله تعالى : «وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم» (٧٣)، والحكم نفسه ينطبق على المحجور عليه لعته أو سفه. وهذا يتفق كذلك مع اتجاه المالكية والحنابلة في رواية عنهم (٧٤).

والوالي المعروف بحسن الاختيار وأصالة الرأي، والوصي العام والقيم يملكون عند الفقهاء إجراء التحكيم نيابة عن لهم الولاية على أموالهم، لأن لهم حق تنمية تلك الأموال والاتجار فيها بما يحقق مصلحة المحجور عليهم، والتحكيم والصلح من لوازم ذلك، ولكن الفقهاء ذكروا أنه لا يصح حكم محكم على وصي صغير بما فيه ضرر عليه. وأما

٧١. انظر: الغزالي، الوجيز، ج ١، ص ١٢٣، والخطيب، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٦٥ وما بعدها.

٧٢. انظر: مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ٣ أجزاء، مطبعة جامعة دمشق، الطبعة السابعة، ١٣٨١هـ/١٩٦٥م، ج ٢، ص ٧٦٨.

٧٣. سورة النساء، آية ٦.

٧٤. انظر: الدسوقي، حاشية، ج ٣، ص ٦، وعبد الرحمن بن أبي عمر (ت ٦٨٢هـ/١٢٨٣م)، الشرح الكبير، ١٢ جزءاً، مطبوع مع المغني، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٣٩٢هـ/١٩٧٢م، ج ٤، ص ٦.

القوانين الحديثة فتميل الى أنه لا يصح للولي أو الوصي أو القيم اجراء التحكيم نيابة عنهم تحت أيديهم الا بموافقة القاضي، لأن تصرفاتهم في أموال من تحت ولايتهم محصورة قانوناً في نطاق الأعمال الادارية، والتحكيم خارج عنها (٧٥)، وبعضها يجيز التحكيم للولي بشكل خاص اذا عرف بسلامة التصرف.

وليس من شرط صحة التحكيم الحرية والاسلام فتحكيم المكاتب والعبد المأذون والذمي صحيح، وتحكيم المرتد موقوف عند أبي حنيفة، فان حكم ثم قتل المرتد أو لحق بدار الحرب بطل الحكم، وان أسلم نفذ، وعند الصحابين جائز بكل حال (٧٦).

و يصح التحكيم من الوكيل اذا نص عقد الوكالة على ذلك.

وكما يجوز التحكيم من الأشخاص الطبيعيين يجوز كذلك من الأشخاص الحكميين كالدولة والبلديات والمؤسسات العامة والوقف والشركات، لما تتمتع به هذه الهيئات من ذمة مالية مستقلة، وقد سبقت الشريعة الإسلامية القوانين الحديثة الى الاعتراف بالشخصية الاعتبارية من خلال الوقف وبيت المال، وتستطيع هذه الهيئات اجراء التحكيم من خلال من يمثلها، ويجب أن تتوافر الشروط الشرعية في هؤلاء الممثلين.

ومن الطبيعي أن تتوافر الصفة في المحكم أي أن يكون طرفاً في الخصومة، أما أن يكون طرفاً أصيلاً أو نائباً شرعياً، فان كان التحكيم من فضولي لم يصح الا أن يجيزه الخصمان.

المبحث الثاني: شروط المحكم (بفتح الكاف)

يعتبر المحكم بمنزلة القاضي فلذلك يشترط فيه ما يشترط في القاضي من الصفات بشكل عام، وهذه الصفات هي :-

١. الاسلام - لقوله تعالى : «ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً» (٧٧) والحكم من أعظم السبيل، وغير المسلم لا يعرف حكم الشريعة وأسرارها فلا يكون أهلاً للحكم والقضاء.

وقال الحنفية : أن حكم أهل الذمة ذمياً جاز، لأنه من أهل الشهادة فيما بينهم، واذا قلد السلطان ذمياً القضاء بين أهل الذمة جاز، فكذا يجوز تحكيمه ولو أسلم الخصمان قبل حكمه، فان ولايته عليهما في التحكيم تزول.

٧٥. انظر: المؤمن، الوجيز، ص ٢١.

٧٦. ابن نجيم، البحر، ج٧، ص ٢٤، مجموعة من علماء الهند، الفتاوي، ج٢، ص ٢٩٨، والطحاوي، حاشية،

ج٣، ص ٢٠٧.

٧٧. سورة النساء، آية ١٤١.

وبناء على المذهب الحنفي أيضاً يجوز أن يكون الذمي حكماً بين المستأمنين كما يجوز أن يختاروا واحداً منهم بشرط اتحاد الدار (٧٨).

٢، ٣ العقل والبلوغ لأنهما مناط التكليف.

٤. العلم: ويفسر الجمهور بأن يكون مجتهداً عالماً بما حكم فيه، والراجع عند الشافعية أن يكون عنده أهلية الاجتهاد المطلقة لا في خصوص تلك الواقعة.

واستثنى التحكيم في عقد النكاح فإنه يجوز فيه تحكيم من لم يكن مجتهداً، فإن كان الحكم جاهلاً بما ولي فيه لم يصح حكمه إلا أن شاور العلماء وحكم بمشورتهم فإن حكمه حينئذ ينفذ، وقد أجاز الحنفية والمالكية قضاء المقلد و يحكم بفتوى غيره (٧٩).

والواقع أنه لا يشترط أن يكون في المحكم أهلية الاجتهاد المطلق كما في القاضي، لأن المحكم يحكم في مسألة أو مسائل معينة ومحددة، بينما يحكم القاضي في نزاعات متعددة، وقضايا متجددة، فيكفي في الحكم أن يكون من أهل العلم والخبرة في المسألة التي انتدب لها.

٥. العدالة بأن يكون المحكم قائماً بالفرائض مجتنباً الكبائر غير مصر على الصغائر مراعياً لمروءة أمثاله، تغلب حسناته على سيئاته. وذهب الحنفية في المشهور عنهم إلى أن العدالة شرط أولوية لا شرط أهلية، فلو حكم الفاسق جاز ونفذ حكمه إلا أن يكون محدوداً في قذف فلا يصح (٨٠).

٦. الحرية، لأن العبد لا ولاية له على نفسه، فلا ولاية له على غيره، وهذا مذهب الجمهور. والصحيح أن الحرية ليست شرطاً في التحكيم، لأن العبد رجل مكلف كغيره، على أن هذا الشرط أصبح في ذمة التاريخ بعد أن تواضعت الدول على تحريم الرق.

٧. أن يكون سليم الحواس سمعاً وبصراً وكلاماً، واعتبر المالكية هذا الشرط شرط استمرار لا شرط جواز (٨١).

٧٨. برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني (ت ٥٩٣/١١٩٦ م) وكمال الدين محمد ابن عبد الواحد المعروف بابن الهمام (ت ٦٨١ هـ/١٢٨٢ م) ومحمد بن محمود البابر (ت ٧٨٦ هـ/١٣٨٤ م) الهداية وشروحا، ج ٧، دار الفكر، الطبعة الثانية، ١٣٩٧ هـ/١٩٧٧ م، ج ٧، ص ٣١٦، وسيشار إلى هذا المصدر عند وروده فيما بعد هكذا المرغيناني وآخرون، الهداية وشروحا. وجماعة من العلماء الفتاوي، ج ٣، ص ٣٩٧. وابن عابدين، حاشية، ج ٤، ص ٣٤٨، والطحطاوي حاشية، ج ٣، ص ٢٠٧، ومذكور، القضاء، ص ١٣٥.

٧٩. الخطيب، مغني المحتاج، ج ٤، ص ٣٧٩، وتبصرة الحكام، ابن فرحون، ج ١، ص ٢٤، وحيدر، درر، ج ٤، ص ٢٥٩، وجماعة من علماء الهند، الفتاوي، ج ٣، ص ٣٩٨، والبكري، اعانة، ج ٤، ص ٢٢٠، والماوردي، أدب، ج ٢، ص ٣٨٠.

٨٠. الصدر الشهيد، شرح، ج ٤، ص ٦٦-٦٧، وحيدر، درر، ج ٤، ص ٥٣٠ وابن نجيم، البحر، ج ٧، ص ٢٦.

٨١. ابن فرحون، تبصرة، ج ١، ص ٢٤، وقد ورد في المادة الثالثة من قانون تشكيل المحاكم الشرعية الأردني رقم

٨. الذكورة، وهي شرط عند الجمهور، لقوله تعالى: «الرجال قوامون على النساء» (٨٢) وقوله صلى الله عليه وسلم: «لا يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة» (٨٣) ولأنه لا يليق بالمرأة أن تحضر محافل الرجال وقد يكون في صوتها ووجهها فتنة للخصوم والشهود، ولم يحدث أن وليت امرأة قضاء أو تحكيمياً في عهود الاسلام الأولى (٨٤).

وذهب الحنفية الى صحة قضائها في الأموال قياساً على صحة شهادتها فيها، (٨٥) وذهب ابن حزم وابن جرير فيما يحكى عنه الى صحة قضائها في كل شيء قياساً على صحة فتواها في كل شيء (٨٦).

وفي قول للمالكية أنه اذا حكمت المرأة والصبي المميز والفاسق والعبد صح الحكم مع تحريم تحكيم هؤلاء ابتداء (٨٧).

وأرى أن تحكيم المرأة في الخصومة التي يكون سائر أطرافها من النساء أمر جائز اذا كانت المرأة مستوفية للشرائط الأخرى، لأن المرأة أدري بأحوال النساء وأجدر بالحكم بينهن من الرجال.

٩. توافر هذه الشروط وقت التحكيم ووقت الحكم جميعاً، فلو حكم الخصمان عبداً فعتق، أو صبياً فبلغ أو ذمياً فأسلم، ثم حكم فلا ينفذ حكمه وكذا لو كان مسلماً وقت التحكيم ثم ارتد لا ينفذ حكمه (٨٨).

١٠. اشترط الجمهور أن لا يكون المحكم أحد الخصوم خلافاً لمشهور مذهب المالكية كما أسلفنا، كما لا يجوز أن يكون ابناً لأحدهم أو اباً له (٨٩). وقد نصت القوانين الحديثة

١٩ لسنة ١٩٧٢ أنه يشترط فيمن يتولى القضاء الشرعي أن لا يكون قد حكم عليه بجناية أو جنحة مخلة بالشرف عدا الجرائم السياسية وأن يكون محمود السيرة وحسن السمعة، وورد مثل ذلك تقريباً في المادة العاشرة من قانون استقلال القضاء الأردني. ويفترض توفر هذا الشرط في المحكم كذلك لقيامه بمهمة قضائية.

٨٢. سورة النساء، آية ٣٤

٨٣. رواه البخاري انظر: ابن حجر، فتح جـ ٩، ص ١٩٣، ورواه أحمد والنسائي والترمذي، انظر: محمد بن علي الشوكاني (ت ١٢٥٥ هـ / ١٨٣٩ م) نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، ٩ أجزاء، دار الجيل، بيروت، ١٩٧٣ م، ج ٩، ص ١٦٦ - ١٦٧، وسيشار إلى هذا المصدر عند وروده فيما بعد هكذا: الشوكاني، نيل.

٨٤. ابن فرحون، تبصرة، ج ١، ص ٢٤.

٨٥. مجموعة من العلماء، الفتاوي، ج ٣، ص ٣٩٨، وابن نجيم، البحر، ج ٧، ص ٢٦.

٨٦. ابن حزم، المحلى، ج ٩، ص ٤٢٩.

٨٧. الخرشى، فتح، ج ٧، ص ١٤٦، والدسوقي، حاشية، ج ٤، ص ١٣٦.

٨٨. المرغيناني وآخرون، الهداية وشروحا، ج ٧، ص ٣١٧، وحيدر، درر، ج ٤، ص ٢٢٣ - ٢٢٤، ومجموعة من العلماء، الفتاوي، ج ٣، ص ٣٩٧.

٨٩. النووي، روضة، ج ١١، ص ١٢٢، وجماعة من العلماء، الفتاوي، ج ٣، ص ٣٩٨، والطرابلسي، معين، ص ٢٤.

على أنه لا يصح أن يتولى التحكيم من له صلة بالنزاع واعتبرت ذلك من النظام العام الذي لا يجوز الاتفاق على خلافه، كما نصت بعض القوانين الحديثة على أن لا يكون المحكم من سلك القضاء، فقد جاء في قانون تشكيل المحاكم الشرعية الأردني في المادة «٨/ب» أنه «لا يجوز للقاضي أن يكون محكماً ولو بغير أجر، ولو كان النزاع غير مطروح أمام القضاء إلا إذا كان أطراف النزاع من أقاربه أو أصهاره لغاية الدرجة الرابعة فيجوز له أن يعمل محكماً بينهم» وذلك خاص في حالة التحكيم بين الزوجين.

١١. أن يكون المحكم معيناً فلو قال الخصمان: نحكم أول من يصادفنا في الطريق ونحو ذلك لم يصح التحكيم، ولا يشترط أن يكون المحكم معروفاً للطرفين، وإذا اصطاح الخصمان أن يحكم بينهما فلان أو فلان فأيهما حكم جاز حكمه، وإذا تقدما الى أحدهما فقد عيناه للخصومة ولا يبقى الآخر حكماً (٩٠).

١٢. تراضي الطرفين على تحكيمه فلو نصب نفسه حكماً دون اذنهما معاً لم يجز حكمه، ولو قبله أحد الخصمين دون الآخر، أما إذا ارتضياه كلاهما بعد الحكم فحكمه جائز (٩١).

وأما في حالة التحكيم بين الزوجين فللقاضي أن يعين الحكمين دون موافقة الزوجين عليهما، كما يجوز للزوجين أن يتراضيا على حكمين وينفذ حكمهما (٩٢).

ويذكر أن القوانين الوضعية تعطي القاضي صلاحية أوسع في تعيين الحكم في حالات معينة على حساب ارادة الخصمين، فقد نص قانون التحكيم الأردني مثلاً في المادة «٧» على أن يكون للمحكمة سلطة تعيين الحكم في بعض الحالات كأن يكون اتفاق التحكيم يقضي بأحالة الخلاف الى محكم واحد ولم يتفق الفريقان على تعيين ذلك المحكم أو رفض المحكم القيام بالتحكيم، أو كان فاقداً الأهلية القانونية لذلك، أو توفي ولم يعين الفريقان خلفاً له، فيجوز للمحكمة بناء على طلب أحد الفريقين أن تعين المحكم إذا لم يتم اتفاقهما على تعيينه خلال مدة معينة.

أما الفقه الإسلامي فيجعل لارادة الخصمين المقام الأول في التحكيم فلا يرغمان – في غير حالة التحكيم بين الزوجين – على قبول محكم لا يحوز ثقتهم ورضاهما.

١٣. اشترط المالكية والحنفية في التحكيم بين الزوجين أن يكون أحد الحكمين من أهله والآخر من أهلها، أخذاً بقوله تعالى: «فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من

٩٠. ابن نجيم، البحر، ج٧، ص ٢٦، وابن عابدين، حاشية، ج٤، ص ٣٤٨.

٩١. مجموعة من العلماء، الفتاوى، ج٣، ص ٤٠٠.

٩٢. القرطبي، الجامع، ج٥، ص ١٧٨.

أهلها»^(٩٣)؛ ولأن أهل الزوجين أعرف بأحوالهما وأحفظ لأسرارهما، وأحرص على اصلاح ذات بينهما، فإن لم يوجد من أهليهما من يصلح لذلك حكم من غيرهما.

وذهب الحنابلة والشافعية إلى أن كونهما من أهل الزوجين أمر مستحب لا واجب؛ لأن القرابة ليست شرطاً في الحكم ولا في الوكالة^(٩٤).

والقول الأول أرجح عملاً بظاهر الآية، ومراعاة لخطورة الخلافات الزوجية، وما تنطوي عليه من حساسيات وأسرار ومضاعفات، وبعداً بالحكمين عن تهمة المحاباة والتقصير، وبهذا أخذ قانون الأحوال الأردني في المادة (١٣٣) حيث نصت على أن يكون أحد الحكمين من أهل الزوجة، والآخر من أهل الزوج أن أمكن، وأن لم يتيسر ذلك حكم القاضي رجلين من ذوي الخبرة والعدالة والقدرة على الاصلاح.

١٤. في حالة التحكيم بين الزوجين لا يزيد عدد الحكمين على اثنين عملاً بمظاهر الآية، وفي حالة اختلافهما يحكم القاضي غيرهما، وأجاز قانون الأحوال الأردني أن يضم لهما عند الاختلاف ثالث مرجح حيث يؤخذ بقرار الأكثرية.

وذهب الاجتهاد المالكي إلى أنه يكفي للتحكيم بين الزوجين حكم واحد؛ لأن الله تعالى حكم في الزنا بأربعة شهود، ثم قد أرسل النبي صلى الله عليه وسلم إلى المرأة الزانية أنيساً وحده وقال له: ان اعترفت فارجمها، وقالوا: لم يجز في جزاء الصيد الا اثنان مع ورود نص القرآن باثنين في الحالتين كلتيهما، لأن جزاء الصيد حق لله تعالى فلا يجوز لأحد اسقاطه، وهذا حق الزوجين فلهما اسقاطه^(٩٥).

ولم يشترط الفقه الإسلامي التورية في عدد الحكمين اذا تعددوا بينما اشترطت بعض القوانين الحديثة ذلك عدا حالة التحكيم بين الزوجين فقد ورد ذلك في القانون العراقي مادة «٢٥٧» والقانون المصري مادة «٥٠٢» وأما القانون الأردني والقانون اللبناني فلم يشترطاً ذلك، ونصاً على أنه في حالة اختلاف الحكمين يعين الفريقان أو الحكمان ثالثاً مرجحاً كما يسميه القانون اللبناني أو فيصلاً كما يسميه القانون الأردني فإن لم يتفقا على تعيينه عينته المحكمة^(٩٦).

٩٣. سورة النساء، آية ٣٥

٩٤. محمد بن أحمد الشهير بابن رشد القرطبي (ت ٥٩١هـ/١١٩٤م)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، جزآن، المكتبة التجارية الكبرى بمصر، ج ٢، ص ٨٣، وسيشار إلى هذا المصدر عند وروده فيما بعد هكذا: ابن رشد، بداية، وصالح عبد السمیع الآبی الأزهری، (ت ؟)، جواهر الاكليل شرح مختصر خليل، جزآن، مطبعة دار إحياء الكتب العربية بالقاهرة، ج ١، ص ٣٢٨، وسيشار إلى هذا المصدر عند وروده فيما بعد هكذا: الآبی، جواهر، والقرطبي، الجامع ج ٥، ص ٢٤١، والخطيب، مغني، ج ٣، ص ٢٦١، والجصاص أحكام، ج ٢، ص ١٩٠.

٩٥. الآبی، جواهر، ج ١، ص ٣٢٩، والقرطبي، الجامع، ج ٥، ص ١٧٧.

٩٦. انظر: المادة «٥» و«٧» قانون التحكيم الأردني، والمادة «٨٣٠» من قانون الأصول اللبناني.

المبحث الثالث : - شروط المحكوم فيه (ما يجوز فيه التحكيم) :

اختلف العلماء في القضايا التي يجوز التحكيم فيها على الأقوال الآتية :

أولاً - مذهب الحنفية :

ذهب الحنفية الى أن التحكيم يصح فيما يملك الخصمان فعله بأنفسهما من حقوق العباد، ولا يجوز في حد أو قصاص، لأن حكم المحكم بمنزلة الصلح، فكل ما يجوز استحقاقه بالصلح يجوز التحكيم فيه، وما لا فلا، والحدود والقصاص لا يجوز استيفاؤهما بالصلح، لأنه لا ولاية للخصمين على دمهما، ولهذا لا يملكان الإباحة، فلا يستباح برضاهما. وقالوا: ان اقامة الحدود من حق الشرع فلا يستوفيهما الا الأئمة والقضاة المعينون لذلك، ولا يجوز لأحد غيرهم أن يقيم الحد على نفسه أو غيره لعدم تعيينه لأقامته.

ومن حجتهم أيضاً أن الحدود تدرأ بالشبهات، وحكم المحكم فيه شبهة لأنه يتعدى الى غير الخصمين (٩٧).

وذكر السرخسي أن من الحنفية من يجيز التحكيم في القصاص وحد القذف باعتبارهما من حقوق العباد (٩٨)، وقد ضعف ذلك في البحر، لأن القصاص لم يتمحص حق العبد فيه، بل هو من قبيل ما اجتمع فيه الحقان، وان كان الغالب فيه حق العبد، وأما حد القذف فالغلبة فيه لحق الله تعالى على الأصح (٩٩).

ثانياً - مذهب المالكية :

ذهب المالكية الى جواز التحكيم في الأموال والقصاص فيما دون النفس ولا يجوز التحكيم في أمور سبعة وهي : الحد والقتل واللعان والولاء والنسب والطلاق والعتق، وعلموا ذلك بأنه يتعلق بهذه القضايا حقوق لغير الخصمين، أما الله تعالى وأما لآدمي.

فالحق لله تعالى لأنه زجر عن المعاصي.

والقتل اما أن يكون لردة أو حراة أو لزنى بعد احصان فيكون حقاً لله تعالى لتعدي حرمانه، أو يكون قصاصاً وهو ملحق بالحدود.

واللعان فيه حق للولد لقطع نسبه من أبيه.

٩٧. محمد بن أحمد السرخسي (ت ٤٩٠هـ/ ١٠٩٧م) الميسوط، ٣٠ جزءاً، دار المعرفة للطباعة / بيروت، الطبعة الثانية، ج ١٦، ص ١١١ وسيشار إلى هذا المصدر عند وروده فيما بعد هكذا : السرخسي، الميسوط، والصدر الشهيد، شرح، ج ٤، ص ٦٢، وابن نجيم، البحر، ج ٧، ص ٢٦ - ٢٧، ومجموعة من العلماء، الفتاوي، ج ٣، ص ٢٩٧، والمرغيناني وآخرون، الهداية وشروحها، ج ٧، ص ٢١٨، وابن عابدين، حاشية، ج ٤، ص ٣٤٨.

٩٨. السرخسي، الميسوط، ج ١٦، ص ١١١.

٩٩. ابن نجيم، البحر، ج ٧، ص ٢٦، وابن عابدين، حاشية، ج ٤، ص ٢٤٨ والطحاوي، حاشية، ج ٣، ص ٢٠٧.

والولاء والنسب تترتب أحكامهما من نكاح وعدمه وارث وعدمه وغير ذلك على الذرية التي ستوجد.

والطلاق والعتق فيه حق لله تعالى، إذ لا يجوز بقاء المطلقة البائن في العصمة ولو رضيت بذلك، ولا رد العتيق إلى الرق ولو رضي بذلك (١٠٠).

وكذلك نص المالكية أنه لا يحكم المحكم في رشد ولا سفه ولا في أمر غائب مما يتعلق بماله وزوجته وحياته وموته، ولا في حبس ولا في عقد مما يتعلق بصحته وفساده؛ لأن هذه الأمور من اختصاص القضاة (١٠١).

ثالثاً - مذهب الشافعية:

للشافعية فيما يجوز فيه التحكيم أقوال ثلاثة:

الأول: يصح التحكيم في كل شيء غير عقوبة لله تعالى كالحد والتعزير.

والثاني: يختص التحكيم بالحقوق المالية وعقود المعاوضات وما يصح فيه العفو والابراء فقط، دون قصاص ونكاح ولعان وحد قذف، لخطر هذه الأمور فتناط بنظر القاضي.

والثالث: يجوز التحكيم في كل شيء مطلقاً.

والراجع عندهم هو القول الأول، وعللوا ذلك بأن من صح حكمه في مال صح في غيره، والعبرة برضا المتخاصمين في التحكيم، بغض النظر عن طبيعة القضية، محل الحكم ونوعها، ولكن استثنيت الحدود والتعازير لأنه ليس لها طالب معين، ويؤخذ من هذا التعليل أيضاً أن حق الله تعالى المالي الذي لا طالب له معين لا يجوز التحكيم فيه (١٠٢).

رابعاً - مذهب الحنابلة:

يعرف عن الحنابلة في هذه المسألة أقوال ثلاثة:

الأول: ينفذ حكم المحكم في كل شيء، وهو ظاهر مذهب أحمد كما نقل أبو الخطاب.

الثاني: ينفذ في جميع الأحكام إلا أربعة أشياء: النكاح، واللعان والقذف،

١٠٠. الخرخشي، فتح، ج٧، ص ١٤٥، والدسوقي، حاشية، ج٤، ص ١٣٦، والصاوي، بلغة، ج٣، ص ٢٧٠، وابن

فرحون، تبصرة، ج١، ص ٥٥.

١٠١. الصاوي، بلغة، ج٣، ص ٢٧٠.

١٠٢. الماوردي، أدب، ج٢، ص ٢٨١، والخطيب، مغني المحتاج، ج٤، ص ٣٧٩، والنووي، روضة، ج١١،

ص ١٢١ - ١٢٢، والرملي، نهاية، ج٨، ص ٢٤٢، والبكري، اعانة، ج٤، ص ٢٢٠، والشيرازي، المذهب، ج٢،

ص ٢٩٢، والغزالي، الوجيز، ج٢، ص ٢٢٨.

والقصاص، وهو قول القاضي أبي يعلى الفراء، وعلل ذلك بأن لهذه الأحكام مزية على غيرها، فاختص الامام ونائبه بالنظر فيها.

والثالث: ينفذ حكمه في غير فرج (١٠٣).

وبعد استعراض آراء الفقهاء في هذه المسألة نرى أن هناك اتجاهين للفقهاء:

الأول: يجيز التحكيم في كل شيء قياساً على القضاء.

والثاني: يقتصر التحكيم على ما يملك الخصمان فعله بأنفسهما كحقوق العباد. وإذا أمعنا النظر في هذا الأمر وجدنا أن الأصل في البت في الخصومات هو الرجوع الى القضاء الحكومي. لأنه الجهة المسؤولة عن تحقيق العدالة وحفظ الحقوق، واللجوء الى التحكيم طريق استثنائي في حل الخصومات، اقتضته الضرورة أو الحاجة فلا ينبغي التوسع فيه، ولذا نرى قصر التحكيم على القضايا المالية، والحقوق الخاصة التي يجوز للإنسان التصرف فيها أو التنازل عنها، أو المصالحة عليها، ويدخل فيها ما يلي:

أولاً: حالة الشقاق بين الزوجين، فالتحكيم فيه جائز بل واجب شرعاً، وهو نوع من التحكيم الاجباري يدفع اليه الزوجان بمقتضى النص القرآني، عند قيام الشقاق بينهما واستفحال خطره، وهدف هذا التحكيم الإصلاح بين الزوجين أولاً أن أمكن ذلك، والا فالتفريق بينهما باحسان، ولا يصار اليه الا بعد سلسلة من الاجراءات يتبعها القاضي وفق ما نظمته قوانين الأحوال الشخصية (١٠٤).

وقد توسع بعض الفقهاء فأجازوا التحكيم في نطاق الأسرة في حالات أخرى عديدة بغية ايجاد حل لكثير من المشاكل التي يقع فيها الناس، ومن أمثلة ذلك ما جاء في فتح القدير نقلاً عن الذخيرة فيمن تزوج امرأة بغير ولي فطلقها ثلاثاً، فبعث القاضي الى شافعي ليحكم بينهما ببطلان ذلك النكاح وببطلان الثلاث يجوز، وكذا لو حكما بذلك حكماً يجوز ولا يفتى به خشية تجاسر العوام على هدم المذهب، وكذا من غاب عن امرأته غيبة

١٠٣. ابن قدامة، المغني، ج ١١، ص ٤٨٤، والمرداوي، الانصاف، ج ١١، ص ١٩٧-١٩٨، والبهوتي، كشاف، ج ٦، ص ٣٠٣، وابن مفلح، الفروع، ج ٦، ص ٤٤٠.

١٠٤. جاء في المادة (١٣٢) من قانون الأحوال الأردني أنه «إذا ظهر نزاع وشقاق بين الزوجين فلكل منهما أن يطلب التفريق إذا ادعى اضرار الآخر به قولاً أو فعلاً، بحيث لا يمكن مع هذا الاضرار استمرار الحياة الزوجية:

أ (إذا كان طلب التفريق من الزوجة وأثبتت اضرار الزوج بها بذل القاضي جهده في الإصلاح بينهما، فإذا لم يمكن الإصلاح أنذر الزوج بأن يصلح حاله معها وأجل الدعوى مدة لا تقل عن شهر فإذا لم يتم الإصلاح بينهما أحال الأمر الى حكيمين.

ب (إذا كان المدعي هو الزوج وأثبت وجود النزاع والشقاق بذل القاضي جهده في الإصلاح بينهما فإذا لم يمكن الإصلاح أجل القاضي دعواه مدة لا تقل عن شهر أملاً بالمصالحة وبعد انتهاء الأجل إذا أصر على دعواه ولم يتم الصلح أحال القاضي الأمر الى المحكمين)

منقطعة، ولم يخلف لها نفقة فبعث الى شافعي ليحكم بفسخ النكاح لعجز النفقة يجوز (١٠٥).

وجاء في البحر الرائق أنه لو قال رجل لزوجته أنت علي حرام ولم ينو عدداً، فاحتكما الى رجل فحكم أنها طلقة واحدة بائة أو رجعية فحكمه نافذ ولو كان القاضي يتبع مذهبا آخر (١٠٦).

وذكر الماوردي أنه اذا خطب رجل امرأة لا ولي لها فتحاكما الى رجل ليزوج أحدهما بالآخر فان كانا في دار الحرب أو في بادية لا يصلان الى حاكم جاز تحكيمهما وتزوج الحكم لهما، وان كانا في دار الاسلام، وحيث يقدران فيه على الحاكم، كان في جوازه وجهان (١٠٧).

ونحن نرى قصر التحكيم في نطاق الأسرة على ما ورد به النص وهو حالة الشقاق بين الزوجين، وعلى الخلافات المتعلقة بالأمر المالية التي يجوز فيها الصلح، كدعوى التعويض عن فسخ الخطبة، وكتحديد مقدار النفقة الواجبة لأحد الأقارب أو للزوجة أو للصغير، ونحو ذلك من القضايا، أما مسائل الأحوال الشخصية البحتة، فلا ينبغي أن تخضع للتحكيم، كمسائل الأهلية والولاية والنسب والحجر وحق الحضنة وكون عقد الزواج صحيحاً أم باطلا ونحوها من المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، والتي يشترك فيها حق الله وحق العبد ان لم تكن حقاً خالصاً أو غالباً لله تعالى، مما يجعلها من النظام العام الذي تتعلق به المصلحة العامة للأمة، والذي لا يخضع لاجتهادات المحكمين.

وهذا ما تبنته القوانين الحديثة، فقد جاء مثلاً في المادة ٧. دمن قانون أصول المحاكمات السوري: «لا يصح التحكيم في نزاع يتعلق بالأحوال الشخصية» (١٠٨).

ثانياً: مختلف القضايا الاجتماعية التي يجوز فيها الصلح كحوادث الطرق والمرور وتقدير الأروش والنزاعات القبلية والقروية حول الأراضي والأموال وحقوق الشرب والرعي والارتفاق والخلافات الناشئة عن تفسير العقود الادارية والتجارية والاستثمارية والتعهدات المختلفة سواء أكانت تلك الخلافات بين الأفراد أم بين الهيئات أم بين الحكومات والشركات المحلية والدولية التي تتعاقد معها لغايات استثمارية أو انشائية أو غيرها، وكثيراً ما تشترط الشركات الأجنبية على الحكومات المتعاقدة معها ذلك التحكيم في

١٠٥. محمد بن عبد الواحد الشهير بابن الهمام (ت ٦٨١هـ/ ١٢٨٢م) فتح القدير على الهداية، ٧ أجزاء، دار الفكر، الطبعة الثانية، القاهرة، ١٣٩٧هـ/ ١٩٧٧م، ج ٧، ص ٣٠٩، وسيشار إلى هذا المصدر عند وروده فيما بعد هكذا: ابن الهمام، فتح.

١٠٦. ابن نجيم، البحر، ج ٧، ص ٢٦.

١٠٧. الماوردي، أدب، ج ٢، ص ٢٨١.

١٠٨. انظر: أبو الوفاء، التحكيم، ص ٦٦ - ٦٧.

نصوص العقد سلفاً، حماية لنفسها من مبادرة الحكومات الى سن قوانين تؤثر على حقوقها أو خوفاً من انحياز القضاء الوطني الى بلاده.

ثالثاً: من مجالات التحكيم الهامة النزاعات السياسية والاقليمية والخلافات الدولية، ومن أمثلة ذلك في الفقه الاسلامي تحكيم الرسول صلى الله عليه وسلم سعد بن معاذ في يهود بني قريظة، والتحكيم بين علي ومعاوية رضي الله عنهما، وتحكيم أهل الشورى عبد الرحمن بن عوف لاختيار خليفة منهم، (١٠٩) وتحكيم عمر بن الخطاب رضي الله عنه عشرة من الأنصار في مصير أرض السواد، لما احتدم الخلاف حولها بينه وبين بعض الفاتحين، فحكموا بوقفها على المسلمين جميعاً، وفرض الخراج عليها ليكون مصدراً دائماً لرغد بيت مال المسلمين (١١٠).

ومن أروع أمثلة التحكيم التي تذكر في هذا الصدد أنه لما جاء وفد أهل سمرقند الى الخليفة عمر بن عبد العزيز يشكون اليه أن قتيبة دخل مدينتهم على غدر، أمر عامله أن ينصب لهم قاضياً فنصب لهم جميع بن حاض الناجي، فحكم باخراج المسلمين على أن ينابذوهم على سواء، فكره أهل مدينة سمرقند الحرب وأقروا المسلمين فأقاموا بين أظهرهم (١١١).

وهكذا فان التحكيم، وان كان طريقاً استثنائياً لحل الخصومات، فان له مجاله الهام، ويمكن أن يلعب من خلاله دوراً بارزاً في حل القضايا والنزاعات في المجالات المختلفة.

ما لا يجوز التحكيم فيه :

لا يجوز التحكيم في القضايا الجنائية من حد وقصاص وغيرها من القضايا المتعلقة بالمجتمع والأمن والنظام العام والتي تعرف عند الفقهاء بحقوق الله تعالى، فيتبغى أن يكون التحاكم فيها الزامياً أمام القضاء الرسمي لخطورتها وتعلقها بالصالح العام، وليس لأحد التنازل عنها، ولا يوجد أصلاً مدع خاص لها، انما الذي يطالب بها هو النائب العام، أو المدعي العام الذي تعينه الدولة، وهذه القضايا تحتاج الى أمور من وسائل الكشف، وأخذ الحيلة ومظاهر القوة والهيبة، ما لا يملكه المحكم.

والقضاة هم المعينون لاستيفاء الحدود بشروطها المعينة وعلى هيئتها المخصوصة، وفي

١٠٩. الماوردي، أدب، ج٢، ص ٣٨٠

١١٠. أبو يوسف يعقوب بن ابراهيم (ت ١٨٢هـ/ ٧٩٨م)، الخراج، المطبعة السلفية ومكتبتها، القاهرة، ١٣٨٢هـ/ ص ٢٤ - ٢٥.

١١١. أحمد بن يحيى المعروف بالبلاذري (ت ٢٧٩هـ/ ٨٩٢م) فتوح البلدان، ثلاثة أقسام في مجلد واحد، تحقيق صلاح الدين المنجد، مكتبة النهضة المصرية، مطبعة لجنة البيان العربي، القاهرة، م ٣، ص ٥١٩.

إباحة التحكيم في مثل هذه الأمور خرق لسلطة الدولة، وافتيات واضح على ولاية القضاة^(١١٢)، جاء في تبصرة الحكام: «وبالجملة فإن إقامة الحدود لا تكون لكل أحد ولا لكل وال لما تؤدي إليه المسارعة إلى إقامة الحدود من غيرهم من الفتنة والتهاجر، وروي عن عمر رضي الله عنه أنه نهى الولاة عن القتل إلا بأذنه، وأيضاً فإنه يلزم على إقامة الحدود أحكام من فسق الحدود وغير ذلك، فيجب التحوط لها بقصرها على بعض الولاة»^(١١٣).

على أنه بالنسبة للجرائم إن كان لا يصح التحكيم فيها فيما يتعلق بتحديد الجريمة أو نوع العقوبة، أو مدى المسؤولية الجنائية لمرتكبي الجرائم، فإنه يجوز التحكيم في شأن تقدير التعويض المالي الذي يستحقه المتضرر من الجنائية لأن ذلك من الحق الخاص للمجني عليه، وليست المطالبة به أمراً الزامياً، إنما هو متروك لخيار صاحبه.

وكذلك لا يجوز التحكيم في كل ما يتصل بالنظام العام من غير الجرائم، كمنازعات تتصل بأشياء محظورة شرعاً كالخمر ودين القمار والربا وأجور البغاء وسائر العقود المحرمة.

والنظر الفقهي في ذلك يتفق مع النظر القانوني، حيث نصت القوانين الحديثة على أنه لا يصح التحكيم إلا فيما يصح فيه الصلح وأنه لا يصح التحكيم فيما يتعلق بالنظام العام كالجنائيات ومسائل الجنسية وقضايا الأحوال الشخصية البحتة - كما ذكرنا - وكل ما يتعارض مع الآداب العامة والقوانين المرعية.

هل يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع محتمل؟

لم يتعرض الفقهاء لمشروعية الاتفاق على التحكيم في النزاعات المحتملة الوقوع مستقبلاً في شأن إخلال بالتزام من الالتزامات أو اختلاف في تفسير شرط من شروط عقد معين، وأما القوانين الحديثة فقد أجازت الاتفاق على التحكيم في النزاعات القائمة فعلاً أو المتوقعة مستقبلاً، وقد أطلقت بعض القوانين اسم مشاركة التحكيم على الحالة الأولى، واسم شرط التحكيم على الحالة الثانية، كما ذكرنا في الفصل الأول.

وأرى أن قواعد الشريعة تسمح بالاتفاق على التحكيم بشأن ما قد ينشأ مستقبلاً من نزاع حول تنفيذ تعهد أو عقد معين، ما دام في ذلك مصلحة للطرفين، إذ أن العقد شريعة المتعاقدين، والأصل في الشروط والتعاقد الإباحة ما لم يرد دليل على التحريم.

المبحث الرابع: شروط صحة الحكم:

يشترط لصحة الحكم الذي يصدره المحكم ما يلي:

١١٢. انظر: القاسم، النظام، ص ٤٥٧، ٤٥٨، ٤٦٨، ٤٧٠.

١١٣. ابن فرحون، تبصرة، ج ١، ص ١٧-١٨.

١. أن لا يخالف نصاً قاطعاً من كتاب أو سنة صحيحة أو اجماع، فإن خالف ذلك لم يصح لأنه اجتهد في مورد النص وهو باطل، ويقابل ذلك في القوانين الوضعية أن لا يخالف النظام العام أو الآداب العامة للبلد الذي يجري فيه التحكيم.
٢. أن لا يكون جوراً بيناً لأنه باطل بالاجماع.
٣. إذا كان التحكيم بين الزوجين ينبغي أن ينحصر حكم المحكمين في واحد من اثنين: أما الإصلاح والتوفيق بين الزوجين على طريقة مرضية يقرانها، وأما التفريق بينهما على عوض يدفعه المسيء منهما للآخر وفق تقدير الحكّمين و يكون هذا التفريق طلاقاً واحدة بائنة. وإذا اختار الحكّمان التفريق فعليهما أن يصرحا بثبوت الشقاق الذي يعتبر الباعث الأساسي على الدعوى.
٤. أن يستند الحكم الى الأسباب المعتمدة في القضاء كالشهادة واليمين والاقرار النكول ونحوها^(١١٤)، وهذا ما نصت عليه القوانين الحديثة إذ أوجبت على المحتكمين اتباع الاجراءات والقواعد المقررة في قانون المرافعات في حالة التحكيم العادي، أما اذا كانوا مفوضين بالصلح فلا يقيّدون بأصول المرافعات والقواعد الموضوعية الا ما كان متعلقاً بالنظام العام، ولهم الحكم باجتهادهم على مقتضى العدالة والأعراف الجارية، على أساس أن المفوضين بالصلح يجري اختيارهم عادة من ذوي الكفاءة العالية وممن يحظون بثقة الخصوم، فيكون رأيهم مرضياً عندهم^(١١٥).
٥. اذا كانت هيئة التحكيم مكونة من اثنين فلا بد من اتفاقهما على الحكم، لأن الخصميين رضياً برأيهما جميعاً دون رأي أحدهما، فلا ينفرد أحدهما بالحكم كوكيلي البيع والشراء، وكالامام اذا فوض القضاء الى اثنين لا ينفرد أحدهما بالحكم، فكذا هذا^(١١٦)، أما اذا كان المحكمون أكثر من اثنين وأذن الخصمان لهم بالحكم بالأكثرية فقد مال علي حيدر في درر الحكام الى عدم صحة الحكم في هذه الحالة، معللاً ذلك بأنه لا يعلم في هذه الصورة من سيشكل الأكثرية، والأصل أن يكون المحكم معلوماً فيبطل الحكم لمجهولية الحكم^(١١٧). وأرى جواز ذلك تحقيقاً للمصلحة، وتمكيناً لحل النزاع، والجهالة الملحوظة في هذه الحالة مغتفرة، لأنها ليست فاحشة ولا مؤثرة، وقد سبق أن ذكرنا في شروط الحكم أن الفقهاء قالوا: اذا اصطالح الخصمان أن يحكم بينهما فلان أو فلان فأيهما حكم جاز، مع انطواء ذلك على نوع من مجهولية الحكم.

١١٤. حيدر، درر، ج٤، ص ٦٤١، وابن نجيم، البحر، ج٧، ص ٢٥ - ٢٦.

١١٥. انظر: المؤمن، الوجيز، ص ٢٩، ٣٧.

١١٦. ابن عابدين، حاشية، ج٤، ص ٢٤٩، والصدر الشهيد، شرح، ج٤، ص ٦٢، ٦٨، والسمناني، روضة، ج١،

ص ٨٠، والطرابلسي، معين، ص ٢٤، وحيدر، درر، ج٤، ص ٦٤٢، ٦٤٣، ومجموعة من العلماء، الفتاوى،

ج٣، ص ٢٩٩، وابن نجيم، البحر، ج٧، ص ٢٦، والقرطبي، الجامع، ج٥، ص ١٧٧.

١١٧. حيدر، درر، ج٤، ص ٦٤٥.

٦. يشترط الجمهور أن لا يكون الحكم لصالح فرع المحكم أو أصله أو زوجه أو شريكه في مال الشركة لمظنة المحاباة، ولعدم قبول شهادته لهم، أما الحكم عليهم فجاز لانتهاء الشبهة، وكذلك يجوز الحكم لأصوله وفروعه من الرضاع لعدم وجوب النفقة والصلة والتوارث فتنتفي التهمة (١١٨).

٧. يشترط الجمهور كذلك أن لا يكون الحكم ضد من بينه وبين المحكم عداوة دنيوية لمظنة الحيف ولعدم صحة شهادته عليه، وتثبت العداوة بالقذف والجرح وقتل الولي ونحو ذلك أما العداوة الدينية فلا تمنع من صحة الحكم، لأنها قائمة على الدين، والدين يمنع من الجور في الحكم (١١٩).

والحقيقة أن العداوة أو القرابة بين المحكم وأحد الخصمين لا تأثير لها في صحة الحكم، ولا يصح قياس ذلك على الشهادة، لأن أسباب الشهادة خافية وأسباب الحكم ظاهرة، فتنتفي الريبة، ولا يصح قياسه على القضاء أيضاً، لانعقاد التحكيم باختيار الخصمين ورضاها بينما لا خيرة لهما في القضاء.

٨. أن يكون الحكم مقصوراً على الخصمين، لأن المحكم ليس له ولاية على غير الخصمين، إذ أن ولايته مستمدة من إرادتهما، وهما ليس لهما ولاية على غير أنفسهما، (١٢٠) وهذا ما نصت عليه المجلة في المادة (١٨٤٢) وقانون المرافعات العراقي في المادة ٢٧٢/ف٩. أن يشهد الحكم على نفسه في المجلس الذي حكم فيه قبل تفرق الخصمين، لأن قوله بعد الافتراق لا يقبل، كما لا يقبل قول القاضي بعد العزل (١٢١).

بطلان حكم المحكم:

يكون حكم المحكم باطلاً إذا تخلف شرط من الشروط الواجب توافرها في عناصر التحكيم وأطرافه التي سبق ذكرها، وهذا يتفق في جملته مع ما قرره القوانين الحديثة من أسباب بطلان حكم المحكمين، فقد وردت تلك الأسباب في المادة «٥١٢» من القانون المصري، وتماثلها ما جاء في المادة «١٢» من قانون التحكيم الأردني وخلاصة هذه الأسباب ما يلي:

١. صدور الحكم بغير وثيقة تحكيم أو بناء على اتفاق تحكيم باطل.
٢. صدور الحكم بعد فوات المدة المتفق عليها لما في ذلك من إهمال لإرادة المتعاقدين.

١١٨. ابن نجيم، البحر، ج٧، ص ٢٨، والسرخسي، ج١٦، ص ١١١، والصدر الشهيد، ج٤، ص ٦٦.

١١٩. حيدر، درر، ج٤، ص ٥٣٠، وأبو فارس، نظام، الطبعة الثانية، ص ١٨٠.

١٢٠. حيدر، درر، ج٤، ص ٦٤١.

١٢١. ابن أبي الدم، أدب، ص ١٤١، والسمناني، روضة، ج١، ص ٨٠، والماوردي، أدب، ج٢، ص ٣٨٤.

٣. خروج المحكم عن حدود وثيقة التحكيم ولم يكن الحكم قابلاً للتجزئة، أما إذا كان قابلاً للتجزئة فالمرجح صحة الحكم، ويبطل الجزء الخارج فقط.
٤. فقدان أهلية أحد أطراف النزاع أو أحد المحكمين.
٥. صدور الحكم من محكمين لم يعينوا طبقاً للقانون.
٦. صدور الحكم من بعض المحكمين دون الآخرين، ومن غير تفويض من الغائبين (١٢٢).
٧. حصول بطلان في الحكم أو في الاجراءات التي اتبعت فيه.

الفصل الرابع - آثار عقد التحكيم وانقضاؤه.

وفيه ثلاثة مباحث :

- المبحث الأول - لزوم حكم المحكم.
- المبحث الثاني - الرجوع في التحكيم.
- المبحث الثالث - انقضاء عقد التحكيم.

المبحث الأول - لزوم حكم المحكم :

إذا تراضى الخصمان على حكم فحكم بينهما فهل يمضي حكمه عليهما أم يتوقف الأمر على رضاها؟ وإذا رفع الحكم الى القاضي فهل يملك فسخه؟: اختلف الفقهاء في هذا الصدد على الأقوال الآتية :-

القول الأول :

ذهب الحنفية الى أن حكم المحكم نافذ على الخصمين، لصدوره عن ولاية شرعية، شريطة أن يتم قبل عزله من أحد الجانبين، أو قبل قيامه من مجلس الحكم، فكما أنه لو عزل قاض بعد حكمه لا يبطل حكمه، فكذلك لا يبطل حكم المحكم أيضاً، وكذلك فإن حكم المحكم ليس بأدنى من صلح الطرفين، فكما أنه ليس للطرفين بعد صلحهما بالرضى وتمايم الصلح بينهما الرجوع عن الصلح، فليس لهما الرجوع عن حكم المحكم بطريق الأولى (١٢٣).

جاء في الدر المختار وشرحه: «فاذا قال الحكم لأحدهما: أقررت عندي أو قامت عندي بيئة عليك لهذا فعدلوا وقد ألزمتك بذلك، وحكمت لهذا فأنكر المقضي عليه لا يلتفت الى انكاره، ومضى القضاء عليه ما دام المجلس باقياً، لأن الحكم ما دام تحكيمه قائماً

١٢٢. انظر: أبو الوفا، التحكيم، ص ٣٠٤، ٣٠٥، والمومني، التحكيم، ص ٣٤٨ وما بعدها.

١٢٣. حيدر، درر، ج ٤، ص ٦٤١، ومجموعة من العلماء، الفتاوى، ج ٣، ص ٣٩٩.

كالقاضي المقلد إلا أن يخرج المخاطب عن الحكم ويعزله قبل أن يقول حكمت عليك، أو قال بعد المجلس، لأنه بالقيام منه ينعزل كما ينعزل بعزل أحدهما قبل الحكم، فصار كالقاضي إذا قال بعد العزل قضيت بكذا لا يصدق» (١٢٤).

وإذا رفع الحكم إلى القاضي، فإن وافق رأيه أمضاه، وإن خالفه نقضه، لأنه عقد في حق القاضي فملك فسخه كالعقد الموقوف، ولأن حكم المحكم لا يتعدى إلى غير الخصمين، والقاضي غيرهما فلا يلزم به، ولو أجاز القاضي حكم المحكم قبل التحكيم كانت إجازته لغواً لا تمنع القاضي إبطاله إن خالف رأيه، إلا إذا كان القاضي مأذوناً له في الاستخلاف، فتمضي إجازته، وتعتبر استخفافاً له فليس له أن يبطل حكمه بعد ذلك.

وإذا رفع حكم المحكم في المجتهدات إلى قاض وهو يرى خلافه فنقضه ثم رفع إلى قاض آخر يرى رده لم يجز للقاضي الثاني أن يرده، لأن القاضي الأول له ولاية عامة فكان تنفيذه لحكم المحكم حجة في حق الكل، ولا يجوز لقاض نقضه، وإن خالف مذهبه ما دام في المسائل الاجتهادية، وإذا كان الحكم من قبل الإمام فهو بمنزلة القاضي المولى، فلا يجوز لقاض آخر نقض حكمه (١٢٥).

القول الثاني:

ذهب المالكية والحنابلة والشافعية في الأظهر عنهم إلى أن حكم المحكم ملزم للخصمين، ولا يملك القاضي نقضه ولو خالف مذهبه، لأنه حكم شرعي صحيح لازم للخصمين، وهو رافع للخلاف، فلا يكون موقوفاً على إجازة القاضي، ولو كان موقوفاً على إجازته ملك فسخه وإن لم يخالف رأيه ولا قائل به (١٢٦).

القول الثالث:

ذهب الشافعية في قول لهم، وهو اختيار المزنبي، إلى أن حكم المحكم غير ملزم للخصمين إلا إذا رضيا به، لأن حكمه إنما يلزم بالرضى به، ولا يكون الرضى إلا بعد المعرفة

١٢٤. ابن عابدين. حاشية، ج ٤، ص ٣٤٩، والمرغيناني وآخرون، الهداية وشروحها، ج ٧، ص ٣١٦، والصدر الشهيد، شرح ج ٤، ص ٦٥.

١٢٥. ابن أبي الدم، أدب، ص ١٣٩، السمناني، الروضة، ج ١، ص ٧٩، والصدر الشهيد، ج ٤، ص ٦٠، والمرغيناني وآخرون، الهداية وشروحها ج ٧، ص ٣١٦، وابن عابدين، حاشية، ج ٤، ص ٣٤٩، والطحطاوي حاشية، ج ٣، ص ٢٠٨. ومجموعة من العلماء، الفتاوى، ج ٢، ص ٣٩٨، ٣٩٩، وابن فرحون، تبصرة، ج ١، ص ٥٥، وابن قدامة، المغني، ج ١١، ص ٤٨٤، وابن نجيم، البحر، ج ٧، ص ٢٥.

١٢٦. الماوردي، أدب، ج ٢، ص ٣٨٢، وابن قدامة، المغني، ج ١١، ص ٤٨٤، والخطيب، مغني المحتاج، ج ٤، ص ٣٧٨، وابن فرحون، تبصرة، ج ١، ص ٥٦، والبهوتي، كشف، ج ٦، ص ٣٠٣، والشيرازي، المذهب، ج ٢، ص ٢٩٢، والشافعي، الأم، ج ٧، ص ١١٣.

لحكمه فضلاً عن أن في الزامية افتياتاً على القاضي وخرقاً لهيبته. (١٢٧)، وبناء على هذا يكون حكم المحكم مجرد فتوى ونصيحة ان شاء الخصم الذي لم تكن في صالحه أخذ بها وان شاء تركها.

والقول المختار هو القول الثاني لأن التحكيم ما شرع الا للفصل في الخصومات، وحسم النزاعات، وهذا يقتضي أن يكون له قوة تنفيذية، وصفة الزامية، تفرض على الخصمين، وتنصف بعضهما من بعض، ما دام قد ارتضيا التحكيم واستمر رضاهما به الى صدور الحكم، والا فقد قيمته وكان نوعاً من العبث والاستهتار، ومما يدل على القوة الالزامية للتحكيم ما جاء في الحديث «من حكم بين اثنين تراضيا به فلم يعدل بينهما فهو ملعون» (١٢٨) ولولا أن حكمه يلزمهما لم يلحقه هذا الذم والوعيد، وذلك كقوله تعالى في الشهادة: «ومن يكتمها فانه آثم قلبه» (١٢٩) فدل الوعيد على لزوم الحكم بشهادته، وكقوله عليه السلام: «من سئل عن علم فكتمه ألجمه الله يوم القيامة بلجام من نار» (١٣٠) فدل الوعيد كذلك على لزوم الحكم بما أبداه، والتحكيم في الحقيقة عبارة عن تأمير الخصمين للمحكم على أنفسهما لحل الخصومة بينهما، فينبغي أن يكون حكمه ملزماً لهما، قياساً على أمره السفر، فقد جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «إذا كنتم ثلاثة فأمروا عليكم واحداً» (١٣١) فصار بتأميرهم له نافذ الحكم عليهم كنفوذه لو كان والياً عليهم، ولذلك تنعقد الامامة للامام وتكتسب شرعيتها باختيار أهل الاختيار (١٣٢).

وأما قول الشافعية ان رضا الخصمين لا يتحقق الا بعد معرفة حكم المحكم فهو منقوض بأن الموكل يلزمه تصرف وكيله قبل المعرفة به، والمحكم بمثابة وكيل عن الخصمين لحل نزاعهما على ضوء الشريعة.

وأما قولهم ان في اضاء الصفة الالزامية على حكم المحكم افتياتاً على القاضي أو خرقاً لهيبته، فيجواب عنه أن التحكيم لما كان جائزاً من الناحية الشرعية لم يكن فيه افتيات على أحد، بل هو ظهير للقضاء في تحقيق العدالة وحسم النزاع، ثم ان هيبة القضاء

١٢٧. الخطيب، مغني المحتاج، ج٤، ص ٣٧٨، والماوردي، أدب، ج٢، ص ٢٨٢، وابن أبي الدم، أدب، ص ١٣٩،

والننوي، روضة، ج١١، ص ١١٢، والرملي، نهاية، ج٨، ص ٢٤٣.

١٢٨. البهوتي، كشف، ج٦، ص ٣٨ - ٣٩، وابن قدامة، المغني، ج١١، ص ٤٨٤.

١٢٩. سورة البقرة / آية / ٢٨٣

١٣٠. رواه الحاكم في المستدرک - أبو عبد الله الحاكم النيسابوري (ت ٤٠٥ هـ / ١٠١٤ م) المستدرک على الصحيحين،

ج٤. مكتب المطبوعات الاسلامية، حلب، بيروت، ج١، ص ١٠١، وسيشار إليه عند وروده فيما بعد هكذا:

الحاكم، المستدرک.

١٣١. رواه الطبراني بإسناد حسن عن ابن مسعود، انظر: اسماعيل بن محمد العجلوني (ت ١١٦٢ هـ / ١٧٤٧ م)

كشف الخفاء ومزيل الألباس، جزاءن، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، ١٤٠٣ هـ / ١٩٨٣ م، حديث رقم ٢٦٧.

١٣٢. الماوردي، أدب، ج٢، ص ٣٨٣.

يمكن أن تمس لو أبحنا التحكيم في كل شيء من الحقوق الجنائية أو المالية وغيرها، ويكون المحكم بمثابة قاض، وتتعدد القضاة حينئذ، مما قد يؤدي إلى الفوضى والاضطراب، أما إذا حصرنا التحكيم في القضايا المالية والحقوق الفردية التي لا يلزم أصحابها أصلاً بالتراجع للقضاء لم يكن فيه حينئذ غض من شأن القضاء ولا مساس بهيبته.

لذا نرى أن الأصل أن يلتزم القاضي بحكم المحكم ما دام حكماً شرعياً صحيحاً لم يخرج فيه عن قواعد الشريعة حتى يؤخذ عمل المحكم مأخذ الجد، وتكون له حرمة ومكانته، ويؤدي دوره في خدمة العدالة، وما احتج به الحنفية من أن حكم المحكم لا يتعدى إلى غير الخصمين، والقاضي غيرهما فلا يلتزم به - يرد عليه بأن المقصود من قصور الحكم على الخصمين أن لا يرتب على غيرهما التزامات مادية كغرامة وتضمن ودية ونحو ذلك. والتزام القاضي بحكم المحكم أن رفع إليه ليس من هذا القبيل.

على أن المسألة تبقى مسألة اجتهادية، ويمكن لولي الأمر إخضاع التحكيم لرقابة القضاء إن رأى أن المصلحة والعدالة تقتضي ذلك، ويمكنه أن يجيز الطعن فيه لدى القاضي في حالات معينة، وبالتالي فإن التحكيم يكون حينئذ مرحلة تمهيدية للقضاء وليس بديلاً عنه.

وهذا ما أخذت به معظم القوانين العربية الحديثة حيث أوجبت رفع حكم المحكم إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع للتدقيق في إجراءات المحكم والتأكد من موافقتها للأصول المرعية وسلامتها من أسباب البطلان، دون التعرض لموضوع النزاع، وعلى ضوء ذلك تقرر تصديقه أو فسخه أو إعادته لاستكمال نقص أو حذف زيادة أو إزالة غموض أو رفع تناقض فيه، ولم يخضع القانون الأردني أحكام المحكم للطعن بالاستئناف والتمييز، وإنما جعل للخصوم التقدم بدعوى الفسخ، وأخذت بعض القوانين العربية بدعوى البطلان، وهي تماثل دعوى الفسخ، وأجاز القانون السري في المادة (٥٣٢) الطعن بالاستئناف.

وإذا اقترن حكم المحكم بتصديق المحكمة يكون له جميع الآثار التي تترتب على الحكم القضائي، فيحوز حجية الشيء المحكوم به، ولا يجوز طرح النزاع من جديد أمام المحاكم العادية، ولا يجوز للمحكم إعادة النظر في حكمه أو تعديله لخروج النزاع عن ولايته، ويعتبر الحكم وثيقة رسمية يعد تزويرها جناية، كما هو الحال في الحكم القضائي (١٣٣).

هل يلزم حكم المحكم إذا تدخل في اختصاص غيره؟

إذا تدخل الحكم في اختصاص السلطان كالاقتاعات لم ينفذ حكمه في ذلك لما فيه

١٣٣. انظر: أبو الوفاء، التحكيم، ص ٢٠ - ٢١، ٢٥٨ وما بعدها، المومني، التحكيم، ص ٣٥٩ - ٣٦٠، والمؤمن، الوجيز، ص ٤٩.

من افتيات على السلطان، ولأن ذلك لا يجوز للقاضي فأولى أن لا يجوز للحكم، أما اذا تدخل في اختصاص القاضي، فقد ذكر المالكية أنه ان كان حكمه صواباً مضى ولم يجز لأحد نقضه، لأن حكم المحكم يرفع الخلاف كحكم القاضي، ولأنه لا فائدة في نقضه، فكان بمنزلة الحكم ابتداء من القاضي، ولكن ينهي ويزجر عن العود لمثله، وان استوفى الحكم بنفسه حداً أو قتلاً أو غيرهما أدب لافتياته على الامام في الاستيفاء، ومضى ما كان صواباً من حكمه، وما جانب فيه الصواب فعليه الضمان (١٣٤).

ولم أجد في المذاهب الفقهية الأخرى من تعرض لهذه المسألة، ولكن قواعد تلك المذاهب تلتقي وهذا الحكم الذي نص عليه المالكية.

المبحث الثاني: الرجوع في التحكيم:

اذا أراد الخصمان، أحدهما أو كلاهما، الرجوع عن التحكيم فهل يصح ذلك؟ وفي أي مراحل التحكيم يجوز ذلك؟ اختلف الفقهاء في هذا الأمر على التفصيل الآتي:

—أولاً— ذهب الحنفية والشافعية في الأظهر عنهم، والحنابلة والمالكية في قولين لهم الى أن لكل من الخصمين الرجوع في التحكيم قبل تمام الحكم، ولو بعد سماع البينة والشروع فيه، لوجوب بقاء الرضاء الى تمام الحكم، والحكم لم يتم فأشبه الرجوع قبل الشروع (١٣٥).

جاء في مغنى المحتاج، «ويشترط استدامة الرضاء الى تمام الحكم، فان رجع أحدهما قبل تمام الحكم ولو بعد اقامة البينة والشروع فيه امتنع الحكم لعدم استمرار الرضاء بعد الحكم في الأظهر» (١٣٦).

وجاء في درر الحكام: «لو حاكم المحكم الطرفين وقال: اني أرى المدعي محقاً في دعواه فعزله قبل الحكم وحكم المحكم بعد ذلك للمدعى فلا ينفذ الحكم» (١٣٧).

وجاء في تبصرة الحكام: «قال سحنون في كتاب ابنه: لكل واحد منهما الرجوع ما لم يفصل الحكم بينهما» (١٣٨).

١٣٤. ابن فرحون، تبصرة، ج١، ص ٥٥، والخرشي، فتح، ج٤، ص ١٤٦، والدسوقي، حاشية، ج٤، ص ١٣٦، والساوي، بلغة، ج٣، ص ٢٧١.

١٣٥. ابن قدامة، المغنى، ج١١، ص ٤٨٤، والخطيب، مغنى المحتاج، ج٤، ص ٣٧٩، وابن عابدين، حاشية، ج٤، ص ٣٤٩، والمرغيناني وآخرون، الهداية وشروحها، ج٧، ص ٣١٦، وابن فرحون، تبصرة، ج١، ص ٥٥، ومجموعة من العلماء، الفتاوى، ج٣، ص ٣٩٨، وابن أبي الدم، أدب، ص ٣٩، والسمناني، روضة، ج١، ص ٧٩، والنووي، روضة، ج١١، ص ١٢٢.

١٣٦. الخطيب، مغنى المحتاج، ج٤، ص ٣٧٩.

١٣٧. حيدر، درر، ج٤، ص ٦٤٤.

١٣٨. ابن فرحون، تبصرة، ج١، ص ٥٥—٥٦.

فان قيل أن الحكم نصب بموافقة الخصمين فكيف ينفرد أحدهما بعزلة دون الآخر؟ فالجواب أن التحكيم من العقود غير اللازمة فيجوز أن ينفرد أحد العاقلين بنقض العقد، كما في المضاربة والمشاركة والوكالة (١٣٩).

ونذكر في درر الحكام: أن للطرفين عزل المحكم ولو شرطاً عدم عزله واتفقا على ذلك، إذ ليس لهذا الشرط حكم، كما أنه لو شرط عدم عزل القاضي المنسوب من قبل السلطان جاز عزله، ولو حكم الطرفان حكماً ليفصل في عدة قضايا فحكم في بعضها فعزله المحكوم عليه صح عزله في حق الدعاوي الأخرى أما حكمه في الدعاوي التي حكم بها فنافذ (١٤٠).

ثانياً - ذهب الحنابلة في الأصح عندهم والمالكية في قول لهم والشافعية في وجه ضعيف لهم إلى أن لكل من الخصمين الرجوع عن التحكيم قبل شروعه في الحكم، لأنه لا يثبت إلا برضاه، فأشبهه ما لو رجع عن التوكيل قبل التصرف، أما إذا شرع في الحكم فليس له ذلك، لأنه يؤدي إلى أن كل واحد منهما إذا رأى من الحكم ما لا يوافق رجح فبطل المقصود به (١٤١). أما إذا رجعا معاً ولم يرتضياه قبل الحكم فلهما ذلك، وليس له أن يحكم ولا ينفذ حكمه إن صدر رغم ذلك (١٤٢).

ثالثاً - ذهب بعض الفقهاء إلى أنه لا يصح الرجوع في التحكيم ولو قبل الشروع فيه، جاء في تبصرة الحكام نقلاً عن ابن الماجشون: «ليس لأحدهما الرجوع كان ذلك قبل أن يقاعد صاحبه أو بعد ما ناشبه الخصومة وحكمه لازم لهما» (١٤٣)، فهؤلاء لا يشترطون الرضا إلا عند اختيار المحكم فقط، وهذا القول فيه تشدد بين؛ لأن من حق الخصمين اللذين عينا الحكم بإرادتهما أن يعزلاه لسبب أو لآخر، ما دام لم يشرع في الحكم ولا محذور في ذلك.

والقول الوسط من هذه الأقوال أن لأي من الخصمين أن يرجع عن التحكيم قبل الشروع فيه، لأنه من العقود الجائزة غير الملزمة، لكن إذا شرع فيه فعلاً بسماع البيعة والدفاع لم يجز لأطراف الخصومة الانسحاب من عملية التحكيم إلا باتفاقهم جميعاً، حفاظاً على هيبة التحكيم وجديته، وتحقيقاً للغاية المرجوة منه، ولو سمح بالرجوع بعد الشروع فيه لتعطل عمل المحكم وبطلت فائدة التحكيم، إذ سيلجأ كل من يشعر أن التحكيم يسير في غير صالحه إلى الرجوع عنه، مما يفقد التحكيم دوره وأهميته.

١٣٩. الطحطاوي، حاشية، ج ٢، ص ٢٠٧ - ٢٠٨، وابن نجيم، البحر، ج ٧، ص ٢٦، والصدر الشهيد، شرح، ج ٤، ص ٥٩ - ٦٠.

١٤٠. حيدر، درر، ج ٤، ص ٦٤٤، ومجموعة من العلماء، الفتاوي، ج ٣، ص ٤٠١.

١٤١. ابن قدامة، المغني، ج ١١، ص ٤٨٤، والمرداوي، الانصاف، ج ١١، ص ١٩٩، والبهوتي، كشف، ج ٦، ص ٣٠٢، وابن فرحون، تبصرة، ج ١، ص ٥٥، وابن أبي الدم، أدب، ص ١٣٩، والماوردي، أدب، ج ٢، ص ٢٨٢.

١٤٢. مدكور، القضاء، ص ١٢٣.

١٤٣. ابن فرحون، تبصرة، ج ١، ص ٥٦.

وأما القوانين الحديثة فتعتبر التحكيم عقداً لازماً يرتب على أطراف الخصومة واجبات متبادلة وحقوقاً متقابلة، ويسلبهم حرية الترافع الى القضاء العادي، ويلزمهم بالمضي قدماً في عملية التحكيم والاذعان لنتيجته، ويستخلص من هذه القوانين أن لا سبيل الى الرجوع عن التحكيم الا في حالات ثلاث:

١. أن يتفق سائر الأطراف على الرجوع.
٢. أن يستند طالب الرجوع الى حالة من حالات البطلان والفسخ أو الفساد التي نص عليها القانون وتوافق المحكمة على طلبه.
٣. أن يشترط أحد الخصوم لنفسه حق الرجوع في وثيقة التحكيم (١٤٤).

المبحث الثالث: انقضاء عقد التحكيم

يعتبر عقد التحكيم منتهياً في الأحوال الآتية:

١. اذا صدر حكم من المحكم في موضوع التحكيم.
٢. اذا عزل المحكم من قبل الخصوم على التفصيل السابق أو عزل من قبل القاضي أو السلطان.

وقد أعطيت المادة «١١» من قانون التحكيم الأردني للمحكمة الحق في اقالة الحكم اذا أساء السلوك وأهمل قصداً العمل بمقتضى اتفاق التحكيم، كما أجاز قانون المرافعات العراقي ((م ٢٦١ ف ١)) للخصم أن يطالب بتنحية المحكم اذا اكتشف أن له بخصمه علاقة خاصة كانت مجهولة له، وتعتبر سبباً للرد من أسباب عدم الصلاحية، لتأثيرها على حيادية الحكم واستقامته (١٤٥).

وفي حالة التحكيم بين الزوجين يجوز للقاضي عزل الحكمين اذا ثبت عدم أهليتهما لهذه المهمة أو ظن القاضي أنهما من أهل الزوجين وثبت عكس ذلك.

٣. اذا تنازل أطراف النزاع كل عن حقوقه، أما اذا تنازل أحد الخصوم فان التحكيم لا ينتهي الا بصور حكم المحكم.

٤. اذا توفي أحد المحتكمين، لأن العقد ينتهي شرعاً بوفاة أحد المتعاقدين.

وأما القوانين الحديثة فتميل الى عدم انقضاء مهمة التحكيم، بوفاة أحد الخصوم أو بفقدانه الأهلية، كما يلحظ في المادة «١٥٩» من قانون المرافعات العراقي، والمادة

١٤٤. انظر: المومني، التحكيم، ص ١٦١-١٦٢.

١٤٥. المؤمن، الوجيز، ص ٤٤-٤٥.

«٥٠٤» من القانون المصري، والمادة «١٨٠» من قانون أصول المحاكمات الأردني. وبناء على ذلك يقوم الورثة بالخصومة نيابة عن المتوفى ان كانوا كباراً، أو يقوم بالمهمة من يمثلهم ان كانوا قاصرين.

٥. اذا توفي المحكم أو فقد أهليته كأن ارتد أو عمي أو رفض القيام بمهمته، وهذا ما اتجه اليه القانون المصري سواء أكان التحكيم بالصلح أم بالقضاء، كما يفهم من المادة «٨٢٤» المتعلقة بالنظام العام. وذهبت بعض القوانين الحديثة الى أن وفاة المحكم تنهي مهمة التحكيم بالصلح، دون التحكيم بالقضاء، حيث يعين بديلاً له في الحالة الأخيرة، الا اذا كان الاتفاق على حكم بعينه تخصيصاً دون تجاوزه أو استبداله بغيره (١٤٦).

٦. اذا أبطل العقد الذي من أجله عقد التحكيم.

٧. اذا انتهت مأمورية المحكم، وهذا اذا كان التحكيم مؤقتاً بزمان معين وقد أجاز قانون التحكيم الأردني (م ١٠) للمحكمة أن تقرر تمديد الوقت المعين لاصدار قرار الحكمين سواء انقضى ذلك الوقت أم لم ينقض.

٨. نص الحنفية على أن التحكيم ينتهي اذا قام المحكم من مجلس الحكم (١٤٧) على أساس أنه يعتبر في حكم المعزول حينئذ، وهذا يعني أن حكمه لا يكون مقبولاً الا اذا كان في مجلس الحكم وبحضور أطراف الخصومة.

الخاتمة:

بعد هذا التجوال في رحاب مؤسسة التحكيم في الفقه الاسلامي يمكن أن نستخلص النتائج الآتية:

١. ان التحكيم مشروع في الاسلام، وهو عقد جائز غير لازم، على اعتبار أنه طريق استثنائي لحل الخصومات، فلا يرتب التزاماً على المتعاقدين الا بعد الشروع فيه، بينما يعتبر عقداً لازماً في النظر القانوني.
٢. يشترط في المحتكم أن يكون ذا صفة في الخصومة، وأن تتوافر فيه أهلية التعاقد، على تفصيل في ذلك بين الفقهاء، وهذا يتفق مع الاتجاه القانوني.
٣. يشترط في المحكم ما يشترط في القاضي اجمالاً، باستثناء بعض الصفات، لأن عملية التحكيم عملية قضائية بالدرجة الأولى.

١٤٦. انظر: أبو الوفا، التحكيم، ص ٢٠٨، والمومني، التحكيم، ص ٢٣٥ - ٢٣٦.

١٤٧. حيدر، درر، ج ٤، ص ٦٤٤، وابن نجيم، البحر، ج ٧، ص ٢٨.

٤. مجال التحكيم هو الحقوق التي يجوز فيها الصلح، وحالة الشقاق بين الزوجين، ولا يصح التحكيم في الأمور التي تتعلق بالنظام العام والآداب العامة، وهذا ما تبنته القوانين الحديثة.
٥. يتقيد المحكم بالأصول الشرعية في إجراءات التقاضي واعتماد وسائل الإثبات الشرعية، وهو ما تشترطه القوانين الحديثة حيث تلزم المحكم بمراعاة القواعد الإجرائية والقانونية في التحكيم، وبخاصة ما يتعلق منها بالنظام العام.
٦. لحكم المحكم الصفة الإلزامية، وتترتب عليه الآثار القانونية التي تترتب على الحكم القضائي، ولا يملك القاضي نقضه ما لم يشبه سبب من أسباب البطلان، وهذا يتفق عموماً مع النظر القانوني.

